إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي
دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية

بحث مقدم من قبل
م. حيدر حسين كاظم الشمري
كليـــة القانون – جامعة كـــــربلاء

الخلاصة :
ان عمليات التلقيح الصناعي اثارت ولا تزال مشاكل شرعية وقانونية واجتماعية بخصوص اثبات نسب المولود من اطراف العملية .فقد اثير خلاف فقهي قانوني وشرعي حولها بالرغم من الجميع متفق بان العملية لو تمت بين زوجين واثناء العلاقة الزوجية فان النسب سيثبت للمولود من والديه . الا ان الخلاف دب فيما اذا تمت العملية بعد الانفصال او الوفاة فهل سيثبت النسب للمولود ؟ ثم ان الجميع متفق على تحريم صور التلقيح الصناعي الواقع خارج اطار العلاقة الزوجية الا ان الفقهاء انقسموا بخصوص نسب المولود الى عدة اقسام منهم من يرى ان الاب هو صاحب النطفة ومنهم من يرى انه لا اب للمولود ومنهم من يرتب احكام التبني للمولود وان كانوا قد ذهب الى اعتبار الام هي المراة صاحبة الرحم . الا ان الخلاف دب من جديد بخصوص التلقيح الصناعي باستخدام الرحم البديل فاذا ما كان هذا الرحم يعود لأدمي فقد ذهب البعض الى اعتبار صاحب النطفة هو الا ب في حين ذهب البعض الاخر الى اعتبار زوج صاحبة البويضة هو الاب وراى اخرون ان الاب هو زوج صاحبة الرحم وكذلك اختلف الفقهاء بخصوص الام فمنهم من ذهب الى انها صاحبة البويضة ومنهم من ذهب الى انها صاحبة الرحم ومنهم من قال انهما صاحبتا البويضة والرحم معا، اما لو كان الرحم غير ادمي فاذا كان الرحم حيواني فان الاب سيكون صاحب النطفة والام صاحبة البويضة واذا كان الرحم صناعيا فنفس الامر.

Abstract
The means of artificial insemination were event and still several Islamic ,legal and social problems in a relationship of baby from the parties of artificial insemination .there are deference between Islamic and legal jurisprudence for artificial insemination.althouth there are agreement that artifical insemination in during of marrige is legal and a relationship of baby is evidence from the father and mother .but this means is took part after the death or devorce of husband does a relationship of baby is evidence ? and all jurisprudence are agreement on prevent of ar tifical insemination unmarried but they were divide in several opinions to relationship of baby ,some of them regarded the commissiong father is the father and others regarded the baby has not father and others arranged government of adopted . but the deference between them was committee in artifical insemination by womb has to woman ,the commissioning father of baby at some jurisprudence or the husband of commissioning mother is the father at other or husband of womb leasing is father and the deference about the mother of baby. Some of them regarded the commissioning mother is mother ,other regarded the womb leasing is the mother and others regarded the both are the mother . but if the womb is an animal ,a father of baby is commissioning father and commissioning mother is mother and the same like in artificial womb.

المقدمة :

من المسائل التي نجمت عن التطور العلمي في مجال الطب بشكل عام والإنجاب بشكل خاص مسألة تقنيات الإنجاب الصناعي والتي تعرف بعمليات التلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي (اطفال الانابيب). وبعيداً عما قيل بشأن مشروعية مثل هذه العمليات من عدمها بشتى صورها المختلفة ، فأن من المسائل المهمة التي تطرح بهذا الخصوص مسألة النسب بين المولود واطراف العملية خاصة وانه يعد امرا مهما جداً بكل ما يترتب عليه من آثار مالية اوغير مالية ومازاد من الامر اشكالية النجاح المتوالي النظير في هذه التقنيات وظهور حالات عديدة من النزاع بين اطراف العملية والتي عرض قسم منها على القضاء في الدول الغربية. وعموماً فانه بظهور تقنية التلقيح الصناعي امكن القول بأن الاتصال الجنسي لم يعد بعد الآن كما كان عليه من قبل الوسيلة الوحيدة للانجاب بل اصبح بالامكان ذلك من دون اتصال جنسي بين المرأة والرجل وهذا ادّى ويؤدّي الى انهيار الاساس الذي اقيم عليه بناء قواعد واحكام النسب .

ومع ذلك فيمكن ان نحدد مكامن الاشكاليات والصعوبات التي تثار في مسألة تحديد النسب في عمليات التلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي بالمحاور الاتية :

١) الفصل بين الانجاب من ناحية والاتصال الجنسي من ناحية اخرى لامكانية حدوث الانجاب دون اتصال جنسي بين الزوجين وعدم الربط بين مشروعية صور وفرضيات التلقيح الصناعي واثبات النسب فيها.

٢) لم يعد الانجاب علاقة شخصية (خاصة) بين الزوجين بل اصبح بالامكان تدخل طرف ثالث او اكثر فيها وبالتالي لم يعد الزواج ضرورياً للانجاب لامكانية الانجاب بالتلقيح الصناعي .

٣) مكانية تجزأة مدة الحمل حيث تنتهي باحد الامرين اللذين لا ثالث لهما وهي اما اكتمال مدة الحمل او سقوط الحمل او اسقاطه (الاجهاض) .

٤) امكانية حدوثه في انبوب اختبار والاحتفاظ بالبويضة الملقحة مدة زمنية معينة عن طريق تجميدها في جو مناسب ثم يعاد زرعها مجدداً في رحم المرأة التي ترغب بالحمل.

٥) اصبحت رابطة النسب موزعة على اكثر من شخص وهؤلاء هم الزوجين(صاحبي النطفة والبويضة) و صاحبة الرحم والطفل .

واذا كان ما تقدم هوعرض لإجمال الإشكاليات الا ان ثمة تساؤلات عدة تطرح في هذا البحث منها ما هو حكم المولود من زوجين في إطار العلاقة الزوجية وأثناءها ؟ وماهو حكمه بعد انتهاء هذه العلاقة بالانفصال او الوفاة ؟ وماهو حكم المولود خارج إطار العلاقة الزوجية ؟ وماهو حكم الرحم البديل سواء اكان انساني ام حيواني ام صناعي ؟

وسنحاول في هذا البحث الاجابة عن مثل هذه التساؤلات بشيء من التفصيل والتوضيح وفقاً لآراء وفتاوى فقهاء وعلماء الشريعة الاسلامية بمختلف مذاهبها واراء فقهاء القانون ووفق القوانين الوضعية المقارنة واحكام القضاء المقارن ووفق القواعد العامة في التشريع العراقي دون التطرق الى مشروعية صور او فرضيات عمليات التلقيح الصناعي الا بقدر تعلق الامر بموضوع البحث (تحديد النسب) .

وبعد هذه المقدمة سنقسم هذا البحث الى ثلاثة مباحث: الاول نتناول فيه اثبات النسب في أطار العلاقة الزوجية والثاني نتطرق فيه لاثبات النسب خارج أطار العلاقة الزوجية والثالث نتطرق فيه لاثبات النسب في الرحم البدبل ووضعنا خاتمة تضمنت اهم النتائج والمقترحات التي امكن التوصل اليها في هذا البحث ومن الله التوفيق .

المبحث الاول

إثبات النسب في اطار العلاقة الزوجية

ويقصد بالعلاقة الزوجية هي وجود صفة الزوجية بين المرأة والرجل بأن يكون الاخيرزوجا للاولى سواء بموجب عقد زواج شرعي او مصدق من قبل المحكمة . ومع ذلك فأن عملية التلقيح الصناعي (١) بنوعيه الداخلي والخارجي (٢) قد تتم اثناء قيام العلاقة الزوجية وقد تكون بعد الانفصال او وفاة الزوج الامر الذي يتطلب منا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين: الاول نخصصه لاثبات النسب(٣)في إطارالعلاقة الزوجية القائمة والثاني لاثبات النسب بعد وفاة الزوج او الانفصال بين الزوجين .

المطلب الاول

إثبات النسب في اطار العلاقة الزوجية القائمة

ان البحث في هذا الموضوع يتطلب تقسيمه الى فرعين:الاول نتناول فيه الموقف الفقهي والقضائي حياله والثاني نتناول فيه الموقف التشريعي له.

الفرع الاول :الموقف الفقهي والقضائي

لاشك في ان الفرض الذي يتضمن ان يتم التلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي بين زوجين واثناء العلاقة الزوجية لايثير جدلا او صعوبة ما من حيث المشروعية او اثبات نسب المولود لابويه من الناحية البيولوجية او الاجتماعية الاانه كان ولا يزال محل خلاف فقهي شرعي وفقهي قانوني وكذلك قضائي الامر الذي يتطلب منا التطرق اليه من ثلاثة جوانب:الاول نتناول فيه موقف فقهاء وعلماء الشريعة و الثاني نتطرق فيه لموقف فقهاءالقانون والثالث نتناول فيه موقف القضاء المقارن.

اولاً :- موقف فقهاء وعلماء الشريعة

ان مسألة التلقيح الصناعي الداخلي او الخارجي (اطفال الانابيب) هي من المسائل المستحدثة والتي ظهرت في العقدين الاخرين من القرن الماضي(٤)، لذا نجد ان مؤلفات الفقهاء الاوائل وائمة المذاهب جاءت خالية من بيان الحكم الشرعي لمثل هذه العمليات غير ان هذا الامر لم يقف حائلاً امام رجال الدين وعلماء وفقهاء الشريعة المحدثين من بيان حكم مثل هذه المسألة . والمطلع لفتاوى واراء علماء الدين وفقهاء الشريعة يجد ان معظمهم اجازوا مثل هذه الفرضية متى ما تمت بين زوجين شرعيين واثناء العلاقة الزوجية وان اشترط بعضهم ان يكون احد الزوجين مصاباً بالعقم مع سلامة الزوج الآخر وان لايمكن لهما الحصول على مولود عن طريق العلاقة الجنسية الطبيعية أي مع توافر حالة الضرورة واقروا بأن الزوج (صاحب النطفة)هوالاب الشرعي للمولود وان الزوجة (صاحبة البويضة والرحم) هي الام الشرعية له(٥).

وعليه فأن كانت النطفة من الزوج وتم تلقيح الزوجة اثناء الحياة الزوجية فأن الراجح من اقوال العلماء ان الولد الناتج عن طريق هذه الفرضية يكون ولد طبيعيا وشرعيا لكلا الزوجين ويثبت نسبه منهما وذلك متى ما جاءت به الزوجة اثناء الحياة الزوجية او في عدّتها من طلاق او وفاة ويترتب على ذلك ثبوت نسب المولود من كلا الزوجين مع كل ما يترتب على ذلك من احكام شرعية من ميراث ومحرمات ونفقة...الخ (٦).

ويذهب الشيخ جاد الحق(مفتي الديار المصرية) الى ان الهدف الاسمى من العلاقة الزوجية هو التوالد حفظاً على النوع الانساني وان تلقيح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في استبداله او اختلاطه بمني غيره من انسان او مطلق الحيوان جائز شرعاً ويثبت به النسب تخريجاً على ما قرره الفقهاء(٧).

ونفس الاتجاه سار عليه المجمع الفقهي بمكة المكرمة من جواز مثل هذه الفرضية عندما يكون هنالك قصور لسبب من الاسباب يمنع الزوج من ايصال مائه في المواقعة الى الموضع المناسب ومن ثم اثبات النسب للمولود من ابويه ، وكذلك الفتوى الصادرة عن دار الافتاء المصرية و ما قرره المجمع الفقهي لرابطة العالم الاسلامي في دوته الثامنة عام ١٩٨٥(٨) وهو نفس الاتجاه الذي ايده الدكتور عبد الله شحاتة (رئيس قسم الشريعة بجامعة القاهرة) والشيخ محمد مخلوف (مفتي الديار المصرية سابقاً)(٩). ومع ذلك فمن علماء ومراجع الشريعة من خالف هذه الآراء وذهب الى عدم جواز مثل هذه الفرضية وعدم ثبوت نسب المولود الى ابيه بل ينسب الى امه فقط ،حيث ذهب السيد محسن الحكيم الى القول بأنه " اذا ادخلت مني رجل في فرجها اثمت وكف بها الولد ولم يلحق بصاحب النطفة وكذا الحكم لو ادخلت مني زوجها في فرجها فحملت منه ولكن لا اثم عليها في ذلك واذا كان الولد انثى جاز لصاحب المني تزويجها في الصورة الاولى دون الثانية لانها ربيبته اذا كان قد دخل بها ... واذا وطأ الرجل زوجته فساحقت بكراً فحملت البكر .. ألحق الولد بصاحب النطفة كما ألحق بالبكر للنص "(١٠)، كما ان هنالك من الفقهاء من ذهب الى تحريم هذه الصورة استناداًلقوله تعالى(نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنـّى شئتم)(١١) واي طريق لايجاد الذرية غير الطريق الطبيعي الذي رسمه القرآن هو امر محرّم شرعاً ومنهم من ذهب الى التحريم بناءاًعلى قاعدة سد الذرائع حيث ان هذه العملية تتطلبت كشف العورة والاطلاع عليها وهو ما محرم على المسلم فعله(١٢) . وعليه فأنه وفق الرأي المجيز لهذه الفرضية يلحق المولود الى ابيه (صاحب النطفة) وامه (صاحبة البويضة والرحم) مع كل ما يترتب على هذا الانتساب من

آثار شرعية من نفقة وحرمة وميراث ....الخ ، اما وفق الرأي الثاني المحرم لهذه الفرضية فأن المولود يلحق بأمه باعتبارها صاحبة الرحم مع كل ما يترتب على ذلك من آثار دون الزوج (صاحب النطفة) وبالتالي فأنه لن يكون له ابا شرعياً مع كل ما يترتب على ذلك من آثار . ومهما يكن من الامر فان اثبات النسب وفق الرأي المجيز ينبغي ان يكون وفقاً لقاعدة (الولد للفراش) وشرائطها والتي سنبحثها لاحقاً . ومع ذلك فانه ثمة إشكالية قد تثار بهذه الفرضية مفادها ما اذا تم التلقيح الصناعي الداخلي اوالخارجي دون ضرورة أي كون الزوجين لهما اولاد ولايوجد لهما مانع من الانجاب عن طريق التناسل الطبيعي وكذلك لو تم التلقيح دون رضا احد الزوجين فهل يثبت النسب هنا ام لا ؟ والذي نراه بعيداً عن مشروعية التلقيح الصناعي بانواعه في مثل هذين الفرضين انه لايؤثرعلى ثبوت نسب المولود لابويه طالما انه جاء من نطفة الزوج وبويضة ورحم الزوجة .

ثانياً :موقف فقهاء القانون

ذهب غالبية فقهاء القانون في الدول العربية ومن منطلق آراء رجال وفقهاء الشريعة(بأعتبار ان الشريعة تعد من المصادر الاساسية للقانون ويرجع اليها عند انعدام النص القانوني) الى القول بجواز مثل هذه الصورة والى ثبوت النسب للمولود الناتج عنها، غير انهم اشترطوا توافر شرط العلاج للعقم بعد استنفاذ كافة وسائل معالجة العقم الاخرى وان يكون هدف الانجاب معالجة العقم لا لشيء آخر سواء تمثل هذا الاخير في إخصاب البويضة صناعياً بهدف إثراء الجنس البشري او اخصابها بهدف تحديد الجنس البشري وكذلك ضرورة توافر رضا الزوجين لاجراء تقنية التلقيح الصناعي بينهما ، كما راوا ان هذه التقنية لا تتعارض مع قواعد القانون والاخلاق(١٣) .

ويعلل بعض الفقهاء إثبات النسب عن طريق هذه التقنية رغم سكوت المشرع في معظم البلدان العربية عن بيان احكامها بان هذه الصورة من صور الانجاب الصناعي لا تصطدم بالحكمة من الإباحة والمتمثلة بعدم اختلاط الانساب وتحقيق رغبة ملحّة للزوجين في التناسل لان القانون لا يعول على الاتصال الجنسي في حد ذاته وانما على نتيجة هذا الاتصال وهو الحمل(١٤). ويضيف البعض الآخر لما تقدم من اسباب في جواز هذه الصورة ،ومن ثم القول بثبوت نسب المولود،بان التلقيح الصناعي بين الزوجين جاء نتيجة تحقيق مصلحة لهذين الزوجين تتمثل بالحصول على مولود لا يستطيع هذان الزوجان الحصول عليه عن طريق الاتصال الجنسي المباشربينهما اما لسبب يعود للزوج او للزوجة(١٥). ويذهب البعض الى ان قرينة الابوة تطبق اذا توافرت شروطها بصرف النظر عن وسيلة التلقيح لان القانون لم يشترط لتطبيقها ان يكون الانجاب قد تم بناء على اتصال جنسي بين الزوجين ومن ثم يستوي في نظر القانون ان يكون التلقيح قد حدث طبيعياً(اتصال جنسي)اوصناعياً لان المهم ان الحمل قد حدث بنطفة الزوج نفسه ولايهم بعد ذلك طريقة وصوله الى رحم الزوجة كما انه لا صعوبة ايضاً بالنسبة لتحديد نسب المولود من جهة الام فأمه هي التي ولدته شرعاًوقانوناًوحقيقةً (بيولوجياً)(١٦).

ويرى البعض ان نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي (الداخلي او الخارجي)يكون طبقاً للقاعدة الشرعية (الولد للفراش)من المرأة بالولادة ومن الرجل صاحب الفراش ما دام ذلك في إطار العلاقة الزوجية الصحيحة فينسب المولود بعد ولادته للزوجين سواء اكان اتصال جنسي طبيعي بينهما او كان نتيجة تلقيح صناعي بكافة انواعه مادامت النطفة من الزوج والبويضة من الزوجة (١٧)، ويضيف آخر بأن التلقيح الصناعي عن طريق تلقيح بويضة المرأة من نطفة زوجها يعتبر مشروعياً ومتماشياً مع النظام العام والآداب العامة متى استهدف تحقيق مصلحة للزوجين وهي إنجاب الاطفال(١٨) .

اما نحن فنظم راينا مع ما تقدم من اراء فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون القائلون بالجواز وثبوت النسب للمولود من ابويه شرط ان يكون احد الزوجين طالبي التلقيح او كلاهما مصابا بالعقم او الضعف الحنسي المانع من الانجاب الطبيعي وان لايكون لديهم اولاد على قيد الحياة والا يكون الغرض من العملية هو التجربة .

ثالثا: موقف القضاء المقارن

اما بخصوص موقف القضاء فلاشك ان ثمة إشكاليات بخصوص مشروعية التلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي قد عرضت على قضاء الدول الغربية خاصة القضاء الامريكي والفرنسي بخصوص نزاعات اثيرت امامها سواء فيما يخص التزامات عقد التلقيح او الآثار المترتبة عليه دون قضاء الدول العربية او الاسلامية وان ذهب القضاء السعودي الى الحكم بمشروعية الإخصاب الصناعي الخارجي الذي يتم بين الزوجين اثناء قيام العلاقة الزوجية ورتب على ذلك ثبوت نسب المولود شرعا(١٩) .

ويرى بعض الفقهاء المصريين انه وان لم يعرض الى الآن امام القضاء المصري أي نزاع بخصوص مشروعية اوآثارالتلقيح الصناعي الا انه يرى ان هذا القضاء سيقرر مشروعية التلقيح الصناعي بين الزوجين الداخلي او الخارجي بكل آثارها(٢٠) . اما في القضاء الغربي فنجد ان المحاكم الفرنسية سابقاً كانت تعارض وسيلة التلقيح الصناعي وقضت في العديد من قراراتها بعدم مشروعيته الا ان الامر قد تغير حيث قضت بمشروعية التلقيح الصناعي بين الازواج بل تعداه الى مشروعيته حتى بعد وفاة الزوج بل وحتى التلقيح الصناعي الخارجي فقد ارسى هذا القضاء مبدأ هاماً اقر بموجبه مشروعية الاخصاب الصناعي الخارجي حال حياة الزوجين واقر بنود نسب الابن المولود وعن طريق تقنية الاخصاب الصناعي الخارجي (٢١). اما القضاء الاميركي فقد ذهب في إحدى قراراته الى صحة العقد المبرم بين الزوجين وعيادة متخصصه بالعقم لغرض إجراء عملية الاخصاب الصناعي الخارجي حال حياة الزوجين واسبغ على المولود وصف انه يعتبر من ممتلكات الزوجين وألزم العيادة القائمة بالعملية بتسليمه لهما(٢٢) .

الفرع الثاني: الموقف التشريعي

ان البحث في الموقف القانوني يتطلب منا تقسيمه الى جانبين:الاول موقف التشريعات المقارنة والثاني لموقف التشريع العراقي.

اولا: موقف التشريعات المقارنة

ان البحث في موقف القوانين المقارنة يتطلب منا تناوله من محورين:الاول موقف التشريعات الغربية والثانية موقف التشريعات العربية.

١- موقف التشريعات الغربية

ان البحث في نسب المولود وفق هذه الفرضية من فرضيات التلقيح الصناعي للزوجين يعتمد قانونا على مدى مشروعية مثل هذه العملية وفقا للقانون. وعليه فالقوانين التي اجازتها اقرت نسب المولود للزوجين تبعا لذلك وان لم تنص على ذلك صراحة ومن حرمتها وجرمتها لم تقر ضمناً نسبة المولود للزوجين . ففي الدول الغربية حيث تكثر فيها مثل هذه العمليات ، فنجد ان الكثير منها قد نظمت عمليات التلقيح الصناعي بنوعيه بقوانين خاصة وربطت بنوة المولود تبعاً لإجازة مثل هذه العمليات.

فالقانون الالماني الصادر عام ١٩٩٠ قد أجاز مثل هذه الصورة شريطة ان يكون الطرفين (صاحبة البويضة وصاحب النطفة) زوجين وعلى قيد الحياة(٢٣)اما القانون الاسباني الصادرعام ١٩٩٨قد اجاز مثل هذه العمليات اذا ما كان الهدف منها هو علاج العقم الانساني بشرط إخفاق الطرق التقليدية في إزالته(٢٤).اما قانون الاخصاب البشري وعلم الاجنة البريطاني الصادر عام ١٩٩٠فقد اشترط لمشروعية هذه الصورة موافقة الزوجين الخطية على ذلك واستثنى من الموافقة متى كان الزوجان يتلقيان العلاج معاً من أجل عملية الإنجاب (٢٥).اما في اميركا فقد اجازت (٢٥) ولاية امريكية التلقيح الصناعي فيما بين الزوجين(٢٦).وعلى العكس من تلك الاتجاهات نجد ان من القوانين من جرمت مثل هذه العمليات وبالتالي نفت(ضمناً) نسب المولود الى ابويه كالقانون الايطالي الذي اعتبرتقنية التلقيح الصناعي جريمةيعاقب عليها الزوجان بالحبس لمدةعام(٢٧).

٢- موقف التشريعات العربية

يلاحظ على القانون الليبي انه القانون العربي الوحيد الذي اشار صراحة الى تجريم عمليات التلقيح الصناعي بكافة انواعه وصوره حتى بين الزوجين وذلك في مادة (٤٠٣) من القانون الجنائي الصادرعام ١٩٧٢ وحدد عقوبة تصل الى السجن مدة عشر سنوات وتزاد العقوبة وتقل على الزوجين تبعاً لعلم ورضا الزوج اوالزوجة على إجراء العملية من عدمها(٢٨).

اما معظم الدول العربية نجد ان المشرعين فيها قد اغفلوا عن تشريع قانون خاص لعمليات التلقيح الصناعي اوالتطرق اليه وفق القوانين ذات العلاقة لكن هذا لايمنع ،من وجهة نظرنا، من القول بمشروعية مثل هذه الفرضية اذا ما كانت بين الزوجين فقط دون تدخل طرف متبرع بنطفة او بويضة او رحم ويكون برضاهما واثناء الحياة الزوجية ولمعالجة العقم عندما لاتفلح الطرق الاخرى في انجاح الاخصاب والتوليد ويؤيد استنتاجنا اعلاه ما ذهب اليه البعض من فقهاء القانون المصري من القول بجواز مثل هذه الصورة بالرغم من عدم تطرق التقنين المصري لعمليات التلقيح الصناعي شرط ان تكون في إطار العلاقة الزوجية وبعد استنفاذ كافة الطرق

العلاجية الاخرى وان يكون التلقيح الصناعي هو الوسيلة الوحيدة الممكنة للإنجاب مع توافرالرضا الكامل للزوجين (٢٩)،وهذا يعني ثبوت نسب المولود عن طريق هذه الصورة لابويه صاحب النطفة وصاحبة البويضة والرحم مع كل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية .

ثانيا: موقف التشريع العراقي

ان حال القانون العراقي كحال بقية القوانين العربية التي سكتت عن التطرق لاحكام التلقيح الصناعي وخاصة مسألة النسب ،لا في قوانين خاصة ولا في القوانين العامة التي تنظم التعامل بجسم الانسان، الامر الذي يتطلب منا بحث مسالة اثبات النسب بالرجوع الى القانون المعني بذلك وهو قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ (٣٠). والقاعدة العامة في هذا القانون بخصوص ثبوت النسب اشارت اليها م (٥١) منه بالقول " ينسب ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين التاليين :١- ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل .٢- ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً ". وان المطلع على النص اعلاه يلاحظ انه تطرق الى إثبات نسب الابوة للمولود دون الامومة وهذا يعني وحسب المبدأ العام الراسخ فقها وقضاء ان نسب الام يثبت بالولادة ولايهم بعد ذلك فيما إذا كانت الولادة ناتجة عن زواج صحيح اوسفاح أو وطئ بشبهة او زواج فاسد او مخالطة مطلقة ثلاثاً في عدتها(٣١) . وعموماً فقبل بيان حكم نسب المولود لأبيه وفق القانون العراقي في هذه الصورة لابد من التطرق لشروط تطبيق هذا النص وهي :

١-ان يكون هنالك عقد زواج بين صاحب النطفة وصاحبة البويضة: ولايهم ان يكون هذا العقد رسمياً أي مصدق من قبل المحكمة وانما يمكن ان يكون شرعياً لان العبرة هي اسباع الصفة الشرعية على اطراف عملية التلقيح الصناعي ولا يشترط ان يكون العقد صحيحاً لاثبات نسب المولود من ابيه بل يمكن ان يكون فاسد(٣٢) او بشبهة (٣٣).

٢-ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل : واقل هذه المدة باتفاق جميع الفقهاء المسلمين هو ستة اشهر من عقد الزواج وبالتالي ان جاء المولود لاقل من هذه المدة فلا يثبت النسب من ابيه لانها قرينة اكيدة على تكوين المولود قبل العقد .

٣-ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا : ولعل هذا الشرط كان في السابق لدى الفقهاء الاوائل محل خلاف بين الاتجاه الموسع (وهو رأي ابو حنيفة واصحابه) الذين اكتفوا بالزواج الصحيح دون شرط ثبوت الاتصال بين الزوجين او تلاقيهما والولد الذي تضعه الزوجة ينسب لزوجها وبين الاتجاه المقيد (الذي يمثل رأي الجعفرية وابن تيمية) الذي اوجب الدخول الحقيقي وليس إمكانية التلاقي وبين الاتجاه الوسط (والذي يمثل رأي الجمهور)(٣٤)، اما حالياً وبعد ظهور تقنيات التلقيح الصناعي اصبح بالامكان القول ان مفهوم التلاقي الممكن بين الزوجين لايعني حصول الاتصال الجنسي المباشر والا قلنا بعدم ثبوت نسب المولود ممن يولد من مائة وبالتالي فان التلاقي اما ان يكون مباشراً كما في الاتصال الطبيعي او يكون غير مباشر كما في التلقيح الصناعي لان القانون لايعول على الاتصال الجنسي بذاته وانما على نتيجة هذا الاتصال وهو الحمل .

وامام هذه الشروط يمكن القول،ومن وجهة نظرنا،بجواز هذه الصورة من التلقيح الصناعي بنوعيه الخارجي والداخلي وفق القانون العراقي لعدم تعارضها مع احكام القانون والنظام العام والاداب العامة وبالتالي ترتيب احكام النسب للمولود من ابويه مع كل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية كالميراث والنفقة وثبوت الحرمة المؤبدة او المؤقتة ...الخ . وخير شاهد على قولنا هو تسجيل الأبناء المولدين عن طريق التلقيح الصناعي باسم آباءهم في سجلات الأحوال المدنية وإعطاءهم حقوق الابناء وفق أحكام القانون .

المطلب الثانــي

اثبات النسب بعد وفاة احد الزوجين اوالانفصال بينـهما

توصل العلماء الى امكانية الاحتفاظ بالحيوانات المنوية في بنوك اطلق عليها اسم " بنوك النطف والأجنة " وهذه البنوك يحفظ فيها السائل المنوي للرجل لفترة يبقى فيها صالحاً للإخصاب(٣٥)،كما وان التقدم العلمي الحاصل ايضاً جعل من الاطباء ينجحون في الحصول على نطفة الزوج المتوفى في مدة لا تتجاوز(٤) ساعات من لحظة وفاته كما نجحوا في الاحتفاظ بالنطفة مجمّدةً لمدة طويلة(٣٦)،وهذا الامر يقودنا الى القول بانه لو تم

الانفصال بين الزوجين باي طريق من طرق الانفصال (الطلاق ، التفريق القضائي ، الخلع ، الفرقة التلقائي(الإيلاء-الظهار-اللعان))وبعدها يتم تلقيح نطفة الزوج المنفصل عن زوجة ببويضتها وحصل الإخصاب وولد مولود في هذه الصورة اوان الزوج قد توفى فاخذت نطفته او كان مأخوذ منه في حياته ولقحت ببويضة زوجته بعد وفاته وولد له مولود فهل سيتم اثبات نسب هذ المولود من الزوج المنفصل او المتوفى عن زوجته له ام لا ؟ ولاشك في ان البحث في هذه المسألة ايضاً يتطلب منا تقسيمه الى فرعين: الاول نتطرق فيه للموقف الفقهي والقضائي والثاني نتطرق فيه لبيان الموقف التشريعي .

الفرع الاول : الموقف الفقهي والقضائي

لاشك في ان الطلاق البائن والتفريق بكافة انواعه(٣٧)هو يقطع العلاقة الزوجية ولا يفيد حل الاستمتاع بالاخر وان كان على الزوجة المدخول بها ان تعتد لاستبراء الرحم وكذلك الوفاة باعتبارها الطريق الطبيعي لانتهاء أي علاقة زوجية وبالتالي القول بانقطاعها فالاشكالية في القول بثبوت نسب المولود في مثل هذه الفرضيات تنبع من توافر غطاء الشرعية عند القيام بعمليات التلقيح الصناعي من عدمه. وبناء عليه اختلفت الآراءوالاقوال . وسنتطرق اليها في ثلاثة محاور : الاول لموقف علماء وفقهاء الشريعة الإسلامية والثاني لموقف فقهاء القانون والثالث لموقف القضاء المقارن.

اولا: موقف علماء وفقهاءالشريعة الإسلامية

ان هذه الصورة من التلقيح الصناعي لاتزال محل شك وخلاف بين علماء وفقهاء الشريعة وان مسألة ثبوت النسب فيها لا ترتبط بالضرورة مع مسألة مشروعيتها من عدمه.الا ان من علماء الشريعة (٣٨) من ربط مسالة اثبات النسب بالجهل بالحالة حيث يرى انه وان كان لايجوزشرعا اخذ نطفة الرجل وان كان بموافقته وتلقيحها ببويضة زوجته بعد وفاته الا اذا كانا الزوجين جاهلين بالامر فالمولود سيكون ابنا شرعيا لهما وتسري عليه احكام التحريم ويرث الام ولايرث الاب .

غير ان من فقهاء الشريعة من يفرّق بين التلقيح الحاصل بعد وفاة الزوج وإثناء فترة العدة من التلقيح الحاصل بعده . حيث ذهب عبد العزيز الخياط (٣٩)الى ان الولد الناتج عن هذه الصورة يعتبر ولد الأب المتوفى وان هذه العملية وان كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعاً ويسترشد في ذلك بما قرره الفقهاء من ان المراة اذا حملت بعد وفاة زوجها وكانت معتدة او جاءت به لاقل من ستة اشهر وشهد بولادتها امرأة واحدة عند الفقهاء ورجل وامرأتان عند ابي حنيفة فان الولد يثبت نسبه لان الفراش قائم بقيام العدة ولان النسب ثابت قبل الولادة وثابت ان النطفة من الزوج وان كان يرى عدم استحسان لجوء المرأة الى الإنجاب بهذه الصورة.غيران هذا الرأي يلاقي معارضة من معظم فقهاء وعلماء الشريعة الذين يرون تحريم مثل هذه الصورة التي يتم فيها التلقيح بعد انتهاء الحياة الزوجية لان هذه الحياة عندهم تنتهي بمجرد لحظة الوفاة .فيرى د. مصطفى الزرقا ان هذه الصورة غير جائز الإقدام عليها شرعاً لانتهاء الزوجية بالوفاة وعندئذٍ يكون التلقيح بنطفة من غير الزوج فهي نطفة محرّمة(٤٠) وهو ما افتى به مجمع البحوث الفقهية بالقول ان التلقيح الحاصل بعدة الوفاة اشبه بالعدة من طلاق بائن لانه لايمكن للزوج من مراجعة زوجته فيه ومن هنا لايجوز هذا العمل مطلقا (٤١) وهو ذاته إتجاه مجمع الفقه الاسلامي بمكة وندوة الإنجاب في ضوء الإسلام التي عقدت في الكويت عام ١٩٨٣ (٤٢).

ويفرّق د. عطا عبد العاطي السنباطي بين تخصيب البويضة قبل الوفاة اوالطلاق وتخصيبها بعدهما، فيرى انه لو اخذت بويضة الزوجة المخصّبة من زوجها وتم الاحتفاظ بها ثم بعد الوفاة اوالطلاق زرعت في رحم الزوجة (الارملةاوالمطلقة)صاحبة البويضة المخصبة فهنا فان هاتين العمليتين جائزتين شرعاً ويثبت فيهما نسب المولود من صاحبة البويضة المخصبة وزوجها صاحب النطفة بينما يرى انه لو تم تخصيب او تلقيح بويضة الزوجة بعد وفاة زوجها او بعد الطلاق من نطفته المحفوظة في بنوك النطف والاجنة ثم زرعت هذه البويضة المخصبة بعد الوفاة او الطلاق في رحم زوجته فان هذه الصورة غير جائزة شرعاً الا انه يتوقف فيها عن ثبوت النسب(٤٣). ويرى د. ابراهيم الخضري انه لو اخذت المرأة من نطف زوجها المحفوظة بطريقة علمية وتم تلقيحها منه بعد الوفاة فان هذا الامر محرم ولايجوز الا انه لايعتبر بمثابة الزنا الذي يوجب الحدّ ولا يعتبر المولود من اولاد المتوفى وانما قد يلحق باولاد الشبهة (نكاح الشبهة) ويرى انه يعتبر جريمة في حق الاخلاق والنسب فيجب عدم توريث من لايرث ويتلاعب بالانسان(٤٤). ويرى د. حسان حتحوت انه وان كان التلقيح

حاصل من نطفة الزوج الا ان الحياة الزوجية تعتبر منتهية بمجرد الوفاة ويرى عدم جوازها والا سنكون امام حالة وفاة الاب ويرثه ورثته الموجودون ثم يجئى بعد ذلك بسنة او اكثر من يقول انه ابن للمتوفى ويكون من نطفته فعلاً (٤٥) .
ويرى الشيخ عطية صقر(رئيس لجنة الفتوى بالازهر)انه اذا تم التلقيح بعدانقضاءعدة الوفاة فان هذاالامريعد حراما لان المتوفى صاراجنبياً عن ارملته اما اذا تم قبل تمام عدة الوفاة فانها كالمطلقة طلاقاً بائناً فهو لايجوز ايضاً وان حصل فان الولد ولد زنا ينسب لامه ولا ينسب لصاحب النطفة(٤٦).
وهناك من فقهاء الشريعة من يفرق بين ما اذا تم التلقيح والتخصيب اثناء عدة الوفاة والطلاق ام بعده حيث ان الاشكال والتحريم سيكون بعد العدة ومن ثم القول بتحريم التلقيح الواقع بعد انتهاء العدة لان انتهاء العدة يعني انتهاء الحياة الزوجية ومن ثم يحق للزوجة التزوج من آخر لانها اصبحت بحكم غير المتزوجة لان ما كان يربطها مع زوجها المتوفى اومطلقها قد انتهى لذا فان إجراء العملية في هذه الحالة محرم شرعاً والاثم يلحق كل من يشارك في هذه العملية(٤٧). ويؤيد هذا الاتجاه ما ذهب اليه د. محمد علي البار من ان انتهاء عقد الزواج بموت او طلاق بائن وانتهت عدته فلا يجوز ان يتم التناسل بين هذين الشخصين مهما كانت الاعذار والدوافع وان حصول النسب مرتبط بقيام عقد الزوجية فاذا انفسخ هذا العقد بموت او طلاق ولم يكن هناك حمل قبل الموت او الطلاق فان حدوث الحمل بعد وفاة الزوج يلغي النسب(٤٨)، وهو ما أيّده مجمع البحوث الفقهية.
ويرى د. شوقي زكريا الصالحي جواز صورة التلقيح الصناعي بين الزوجين بعد الوفاة شريطة ان يكون التلقيح بين الزوجين وان يكون في فترة العدة وان تكون المرأة الملقحة زوجة وان يكون لدى المتوفى الرغبة في ذلك وان يموت مصرّاً على ذلك مع التأكد من عائدية النطفة لصاحبه(٤٩) . ويرى د. محمد سلام مدكور انه لو قامت الزوجة المطلقة بإدخال ماء زوجها وهي تعتقد أو تظن انه لأجنبي ولكنه في الواقع ماء زوجها فمع انها تعتبر آثمة شرعاً الا انه يثبت به النسب ولا تترتب عليه عدة مطلقا(٥٠).بيما رأى السيد محمد الحكيم مع عدم جواز مثل هذه الصورة فان المولود يعتبر ولداً شرعياً للزوج المتوفى والزوجة الارملة الا في التوارث بينه وبين طبقات الميراث من طرفي الاب والام اما اذا وقع التلقيح غفلة عن الحرمة وبتخيل جوازها شرعاً فيأخذ المولود حكم ولد الشبهة في كونه ولد شرعياً وارثاً ومورثاً لمن يموت بعد انعقاد نطفته من طبقات الميراث من الطرفين ولا يرث من أبيه ولا من كل من يموت قبل انعقاد نطفته(٥١) بينما رأى آخر جواز هذه الصورة وان المولود يرث من أبيه دون الرجوع الى الورثة(٥٢).
وعليه فان الاراء المتقدمة يمكن حصرها بثلاثة اتجاهات:اولها لايثبت به نسب المولود مطلقاً سؤاء وقع التلقيح قبل الوفاة او الانفصال ام بعده و الثاني يثبت نسب المولود اذا تم التلقيح قبل انتهاء العدة من الوفاة اوالانفصال والثالث يرى إثبات نسب المولود اذا تم التلقيح والإخصاب قبل الوفاة او الانفصال وان تم زرع اللقيحة بعد ذلك وعدم اثباته اذا ما وقع بعد الوفاة او الانفصال.
وعموماً فان نسب المولود الذي يكون محل إشكال في هذه الفرضية هو من جهة الأب لان الجميع يكاد يتفق ان نسب المولود لامه سيكون للزوجة صاحبة البويضة والرحم، ولكننا نرى وجوب التمييز بين الفرضيات الاتية:
١) لو تم التلقيح اثناء العدة من طلاق رجعي وكان بعلم ورضا الزوجين فلا إشكال في الامر ومن ثم نرى ثبوت نسب المولود لابويه واعتبار التلقيح الصناعي رجوعا (ضمنياً) عن الطلاق .
٢) لو طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا وليس له نية اعادتها ثانية الى عصمته وقامت اثناء العدة بتلقيح نفسها من نطفته الذي تحتفظ به اثناء العلاقة الزوجية دون علم او رضاء الزوج فهنا نرى عدم ثبوت النسب من الزوج (المطلق) .
٣) التلقيح الحاصل بعد الطلاق البائن لايعتد به ولايثبت به المولود من صاحب النطفة سواء تم برضاء المطلقين او علمهما لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما وقت الاخصاب .
٤) يأخذ نفس الحكم المتقدم لو تم تلقيح زوجة المتوفى بنطفة الاخير بعد وفاته وان اوصى الزوج اثناء حياته بذلك لعدم جواز ان ترد الوصية على الاعضاء التناسلية .
٥) لو كانت الزوجة تجهل طلاقها من زوجها او وفاته وقامت بتلقيح نفسها من نطفته التي تحتفظ بها من زوجها بناءاً على علمه ورضائه المسبقين على الطلاق او الوفاة ثم جرى التلقيح بعد ذلك فنرى ان نسب المولود يثبت من ابيه المطلق او المتوفى لانه يعتبر بحكم نكاح الشبهة .

ثانيـــا :موقف فقهاء القانون

تطرق فقهاء القانون الى مسألة تحديد نسب المولود في هذه الصورة تبعاً لموقفهم من مشروعية هذه الصورة من عدمها. فمن اقر بمشروعيتها اعتبر المولود ابناً لصاحبة النطفة والعكس صحيح . وعموماً فان موقف هؤلاء الفقهاء يمكن تحديده بالاتجاهين التاليين:

١- الاتجاه الاول: يذهب الى مشروعية مثل هذه الصورة ومن ثم القول بنسب المولود من الزوج المطلق او المتوفى . وهو رأي اغلب فقهاء لقانون الفرنسي اللذين استندوا الى العديد من الحجج والادلة ،التي لا نريد الخوض في تفاصيلها(٥٣)،ومن اهمها خلو القانون الفرنسي من نص عام اوخاص يحرم التلقيح الصناعي بعد وفاة الزوج ومستندين الى اتجاه القضاء الفرنسي والذي سنتطرق اليه لاحقا. وكذلك اتجاه بعض فقهاء القانون المصري(٥٤)الذين أجازوا تلقيح الزوجة بنطفة زوجها بعد وفاته بين من اشترط فيها موافقة الزوج على التلقيح قبل وفاته وبين من قيدها بضوابط اخرى منها ان يتم التلقيح بين الزوجين وبعد الوفاة واثناء العدة برغبة سابقة للزوج المتوفى على إجراء مثل هذه العملية مع التأكد من عائدية النطفة للمتوفي(٥٥)، بينما يرى البعض من هؤلاء الفقهاء ان اخذ نطفة الرجل برضائه الثابت قبل وفاته واصراره على التلقيح حتى وفاته يعطي الزوجة الحق في الاستمرار في إجراءات عملية التلقيح دون حاجة الى رضا جديد من ورثة زوجها وبالتالي ينسب المولود الى الزوج(٥٦) . ومن فقهاء القانون في العراق من يذهب الى جواز التلقيح الصناعي والزرع بعد الوفاة او اثناء العدة فقط ما لم تتزوج المراة ومن ثم يرى ترتيب اثاره واما اثناء او بعد انتهاء عدة الطلاق البائن يرى ان حكم التلقيح او الزرع ياخذ حكم الوطْء المشبوه او النكاح الفاسد من ناحية ثبوت النسب وما يستتبعه ويرى الحكم نفسه بالنسبة للتلقيح او الزرع بعد زواج المراة المتوفى عنها زوجها ويرى عدم جواز التلقيح الحاصل بعد العدة في ظل القانون العراقي (٥٧).

٢- الاتجاه الثاني :الذي يعارض مسألة التلقيح الحاصل بعد وفاة الزوج او الانفصال بين الزوجين.والذي يمثل بعض الفقهاء الفرنسيين والذين استندوا الى حجج وادلة في دعم رايهم ودحضهم لحجج الاتجاه الاول ،القائل بالجواز، والتي لا نريد الخوض في تفاصيلها(٥٨) ، وكذلك اتجاه معظم فقهاء القانون المصري(٥٩). فيرى البعض ان هذه الفرضية وان لم تقع في الدول العربية بعد الا انها غير مشروعة لارتباط الانجاب بالعلاقة الزوجية وبانتهاء العلاقة الزوجية بالوفاة او الطلاق البائن يصبح الزوجان غرباء عن بعضهما الاخر ويأخذ حكم تلقيحها حكم التلقيح بماء غير الزوجين(٦٠).

ويضيف البعض الاخر على ما تقدم من اسباب ان التلقيح الصناعي بين الزوجين هو استثناء من الاصل فلا يجوز التوسع فيه اضافة الى ان مثل هذه الفرضية تثير مشكلة من ناحية الميراث لانه يشترط لاستحقاق الارث تحقق حياة الوارث وموت المورث حقيقة او حكما(٦١).ًويستغرب البعض الاخر(٦٢) من هذه العمليات المخالفة لمبادىء الاخلاق اذ لا يمكن تصور حمل امرأة بطفل بعد وفاة زوجها بسنة او سنتين اذ كيف يمكن تسجيله في الدوائر الرسمية في حين ان والده مسجل في سجل الدائرة ذاتها بانه متوفي وكيف يمكن ان يثبت له الحق في الارث اذا كان قد ولد بعد وفاة ابيه بسنوات وكيف يمكن ان يقابل المجتمع وهو لايعرف له اب ؟ ويضيف آخر(٦٣) بانه لايعتد حتى بوصية او اجازة الزوج في حياته بأخذ نطفته وتلقيح زوجته بها بعد الوفاة او الطلاق البائن ولا يحق له الموافقة على ذلك لان الزوج في الحالتين لا يعتد بموافقته اذ ان ذلك في حكم الزنا ولا يعتبر رضاء الزوج سبباً في إباحة ارتكاب مثل هذه الجريمة .

ثالثـــاً : موقـــف القضـــاء المقارن

نجد بعض القرارات الصادرة من المحاكم الغربية، لاسيما الفرنسية والأمريكية، بخصوص التلقيح الحاصل بعد الوفاة أو الطلاق دون البلدان العربية التي في الغالب وإن لم تشر قوانينها إلى تنظيم أحكام التلقيح الصناعي الا إن مسألة النسب عن طريق التلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي وفقا لقوانينها، ومن وجهة نظرنا، لا تثير صعوبة أو مشكلة طالما إن الزوجان مقران بنسب المولود منهما ولا يتنازعان على نسبه خصوصا وانهما قد بذلا الجهد والمال من أجل إنجاح عملية الأخصاب والحصول على مولود لهما .

فبالنسبة للقضاء الفرنسي فنجد إنه قد أتخذ موقفين بخصوص هذه الصورة. الاول يمثل موقف الأتجاه القديم لهذا القضاء والذي يقضي بتأييد التلقيح بعد الوفاة ،وقد ظهر هذا الأتجاه بعد عام ١٩٨٠ وظهر في قضايا عديدة كقضية السيدة(سيمون) والتي أمتنع مركز حفظ السائل المنوي من إعطائها نطف صديقها المتوفى (لوك) فالزم

القضاء الفرنسي هذا المركز بتسليمها النطف على أعتبار إنه جزء من تركة المتوفى وكذلك قضية السيدة (ريتشارد) وهي شبيه بالقضية السابقة إلا إنها كانت متزوجة من صاحب النطفة (الف) فألزمت المحكمة المركز بتسليم النطف واقرت بمشروعية التلقيح الصناعي بعد الوفاة رغم ما أثاره هذا الحكم من إنتقادات لدى الفقهاء الفرنسيين (٦٤) .الثاني يمثل موقف الأتجاه الجديد الذي يرى عدم جواز التلقيح الصناعي بعد وفاة الزوج، وظهر هذا الأتجاه في قضايا عديدة أهمها قضية السيدة (كولين) والتي طالب مركز حفظ ودراسة السائل المنوي بإعطائها السائل المنوي المحفوظ والعائد لزوجها المتوفى السيد (ميشيل) لغرض تلقيح نفسها من نطفته إلا إن المركز رفض طلبها ولجأت إلى القضاء فقررت المحكمة بعد جلسات عديدة رفض طلبها وأمرت المركز بإعدام عينات السائل المنوي للمتوفى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم .

أما في أمريكا فقد ذهبت المحكمة العليا الأمريكية إلى عدم أحقية الزوجة بأستعمال بويضاتها الملقحة بعد طلاقها من زوجها نظراً لإنتهاء العلاقة الزوجية بينهما (٦٥) .وفي قضية اخرى عرضت امام محمكة ولاية(تنسي) الامريكية عام ١٩٨٩تتلخص بان شابا وشابة التقيا في المانيا عام ١٩٧٩ ثم تزوجا وبسبب مضاعفات في حمل الزوجة لجأ هذان الزوجان الى استخراج بويضات من الزوجة واخصابها خارجيا بنطف من الزوج ومن ثم زرعها في بيت الرحم وحفظ الاجنة الستة في سائل النيتروجين في درجة حرارة ١٧٦تحت الصفر وبعد فترة قام الزوج بتطليق الزوجة اثر خلاف اثيربعدها خلاف بينهما حول عائدية تلك الاجنة المجمدة اثناء العلاقة الزوجية ومصيرها وتطور هذا الخلاف الى نزاع قضائي امام محكمة ولاية (تنسي)في شباط عام ١٩٨٩ وقضت هذه المحكمة بان الاجنة المجمدة هي للام كما وان الاجنة ليست بضاعة تمتلك وتباع وتشترى الا ان للزوج مطلق الحرية في الابوة او الوصاية على الاولاد في حينه تماما كما لو كانوا قد ولدوا(٦٦).

اما في استراليا فقد عرضت قضية امام المحكمة العليا الاسترالية عام ١٩٨٤ تتلخص بأن زوجين ثريين حضرا الى مستشفى الملكة فكتوريا في(ملبورن) بهدف الحصول على مولود بالتلقيح الصناعي وعندما تم تخصيب بويضة الزوجة مع سيثرم لشخص مجهول وبعدها سافر الزوجان الى امريكا على نية العودة واتمام عملية الزرع الا انهما توفيا في حادث طائرة عام ١٩٨٣واثير نزاع حول البويضة المخصبة امام المحكمة العليا الاسترالية التي اصدرت امر ابالموافقة على استنباتهما وزرعهما في رحم امراة متبرعة (٦٧) .

الفرع الثاني : الموقف التشريعي

إن أهم ما يمكن بحثه في مسألة النسب في هذه الصورة من صور التلقيح الصناعي هو بيان الحكم القانوني له، ذلك إن هذا الحكم هو الذي سيترتب عليه كافة الآثار القانونية الناتجة عن مثل هذه العملية من ميراث ونفقة وغيرها . ولا شك في إن ثبوت نسب المولود إلى أبيه وامه يتوقف على أسباغ الصفة الشرعية على مثل هذه الصورة فمن أقر بمشروعيته أثبت نسب المولود لأبيه صاحب النطفة والعكس صحيح . وعليه فإننا سنتناول هذه الفرع في جانبين :الأول نتطرق فيه إلى موقف التشريعات المقارنة والثاني لموقف التشريع العراقي.

أولاً : موقف التشريعات المقارنة

لقد تطرقت بعض القوانين الغربية إلى مسألة التلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي بعد الوفاة بين الاجازة والحظر والتجريم في حين أغفلت قوانين دول أخرى تنظيم هذه المسألة .وعليه فأنا سنقسم هذا الجانب الى محورين:الاول موقف التشريعات الغربية والثانية موقف التشريعات العربية.

١ـ موقف التشريعات الغربية

اختلفت اتجاهات التشريعات الغربية بخصوص هذه الصورة بين مجيز لها وهم الأقلية وبين الرافض والمحرم لها وهم الأغلبية .

فذهب المشرع الإسباني في القانون رقم(١٩٨٨ / ٥٣٥) الصادر بتأريخ ٢٢ نوفمبر ١٩٨٨ الى ترخيص الزوجة بتلقيح نفسها بنطفة زوجها المتوفى بعد واقعة الوفاة غير انه اشترط ان تتم هذه العملية خلال الستة الأشهر التالية للوفاة وان يكون قد وافق على ذلك قبل وفاته في شكل وثيقة رسمية أو وصية(٦٨).

كما اجاز المشرع البريطاني في قانون الاخصاب البشري وعلم الاجنة الصادرعام ١٩٩٠ للارملة التلقيح الصناعي بنطفة زوجها المتوفى متى كان الزوج قد وافق على ذلك كتابه قبل وفاته(٦٩) .

اما المشرع الفرنسي وان لم يسن قانون خاص ينظم هذه المسألة الا ان نص المادة (١٢٨٦) من قانون الضمان الاجتماعي وكذلك القانون رقم (٣٢٧- ٨٨) وا لقانون (٣٢٨-)٨٨ الصادرين بتأريخ ٨ أبريل سنة ١٩٨٨

ولكن بعد مشاكل قانونية عدة اثيرت امام القضاء حول مسألة التلقيح الصناعي بعد الوفاة وعجز النصوص السالفة عن حلها اصدر المشرع الفرنسي القانون رقم(٦٥٤) بتأريخ ٢٩ يوليو سنة ١٩٩٤ والذي قضى بعدم جواز مثل هذه الصورة (٧٠).
اما المشرع الايطالي فانه وان لم يسن قانون ينظم مسألة التلقيح الصناعي بعد الوفاة الا انه حضره وجرمه ولم يقر بهبة النطفة عقب وفاة الرجل الا انه اكتفى بقانون (حسن السلوك) الصادر في عام ١٩٨٤ الخاص بالمستشفيات الجامعية والاطباء الباحثين والكتاب الدوري الصادر في مارس عام ١٩٨٥ والخاص بوزارة الصحة الايطالية والذي يحتوي على شروط التلقيح الصناعي ومنها ضرورة ان يكون كلا الزوجين على قيد الحياة عند إجراء التلقيح الصناعي(٧١)،وكذلك فعل المشرع النرويجي الذي قصر التلقيح الصناعي للزوجة من نطفة زوجها اثناء العلاقة الزوجية وبرضاهما الكتابي بالقانون المرقم ١٦٨ لسنة ١٩٨٧ (٧٢).
اما المشرع الالماني فبمقتضى القانون رقم(٧/٤٥/٩٠) في ٢٤ اكتوبر سنة ١٩٩٠ الساري المفعول حالياً قد حرم التلقيح الصناعي عقب وفاة الزوج(٧٣).
اما المشرع الاميركي فأنه وان لم يسن قانون ينظم مسألة التلقيح الصناعي عقب الوفاة الا ان القانون المعمول به حالياً في امريكا هو قانون الاسرة والصحة وقانون النسب الموحد الصادرعام ١٩٧٣ وهما يحرمان تقنية التلقيح الصناعي بعد وفاة الزواج.وهو ذات نهج المشرع السويدي الذي حرم التلقيح الصناعي بعد الوفاة بمقتضى القانون المرقم(١٤٠) الصادر سنة ١٩٨٤ والخاص بالتلقيح الصناعي والقانون المرقم (٧١١) الصادرعام ١٩٨٤والخاص بالتلقيح الصناعي خارج الجسم(٧٤).

٢- موقف التشريعات العربية

اما بالنسبة لموقف القوانين العربية فقد قلنا سابقاًانها اغفلت تنظيم مسألة التلقيح الصناعي باستثناء القانون الجنائي الليبي الذي جرم هذه الافعال وعاقب عليها .
ولاشك ان هذه الصورة من صور التلقيح الصناعي الواقعة بعد الوفاة او الطلاق البائن هي مرفوضة تماماً،من وجهة نظرنا،في معظم البلدان العربية لتعارضها مع مبادئ واحكام المشرع الاسلامي الذي يعد مصدرا أساسياً بالنسبة لقوانينها الخاصة بالاحوال الشخصية ومنها النسب.ويذهب بعض الفقهاء المصريين،بالنسبة لموقف المشرع المصري من التلقيح الصناعي عقب وفاة الزوج،بالقول ان المشرع المصري قد جعل التلقيح الصناعي عقب الوفاة محرما (٧٥) ويرون ان هذه الصورة تتعارض واحكام المادة(١٥) من قانون الاحوال الشخصية المصري الذي نصت على انه " لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجه ثبت عدم التلاقي بينهما وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجه اتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة او المتوفى عنها زوجها اذا اتت به لاكثر من سنة من وقت الطلاق او الوفاة " ويرى ان هذا النص يتعلق بالحالة التي تكون فيها الصلة قائمة بين الزوج والزوجة قبل الوفاة او الطلاق فاذا وقع الطلاق او الوفاة انقطعت هذه الصلة ومن ثم فلا تلاقي بين الزوج وزوجته لان العلاقة الزوجية قد انتهت بالطلاق اوالوفاة وبالتالي لا يجوز للزوجة إجراء عملية التلقيح الصناعي عقب الوفاة(٧٦) .
ويرى البعض الآخر بخصوص اثبات النسب في هذه الصورة وفق القانون المصري والكويتي بانه يجب التميز بين فرضيتين ، الاولى ان تتم عملية الزرع بعد الوفاة او الطلاق وتأتي الزوجة بالولد خلال سنة من تأريخ الوفاة او البينونة في القانونين المصري والكويتي فهنا يستفيد المولود من قرينة الابوة وينسب للمتوفى او المطلق حسب الاحوال ،اما الفرضية الثانية ان تتم عملية الزرع وتضع المولود بعد مضي اكثر من (٣٦٥) يوماً في القانونين المصري والكويتي فلا يستفيد المولود في هذه الحالة من قرينة الابوة لتخلف احد شروط تطبيقها (٧٧).

ثانيا: موقف التشريع العراقـــي

قلنا سابقاً ان المشرع العراقي يخلو من أي تنظيم لعمليات الانجاب الصناعي عموماً وتقنية التلقيح الصناعي خصوصاً بل انه لم يتطرق فيما يخص تقنيات الطب الحديثة الا لعمليات زرع الاعضاء البشرية وفق قانون عمليات زراعة الاعضاء البشرية رقم ٨٦ لسنة ١٩٨٥ وقبله قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ وهما قانونان لا يوفيان بالغرض ولا يمكن تطبيق احكامها على التلقيح الصناعي .
وعموماً فلو عدنا الى القواعد العامة في القانون العراقي لامكن القول،ومن وجهة نظرنا،بعدم مشروعية التلقيح الصناعي الحاصل بعد الطلاق البائن او وفاة الزوج لمخالفتهما لاحكام القانون والنظام العام كون الشريعة

الإسلامية تعتبر مصدرا رئيساً لاحكامه و ان معظم رجال الدين وفقهاؤه ،كما ذكرنا سابقا، يحرمون مثل هذه الصورة ولايقرّون بثبوت نسب المولود من الزوج المطلق او المتوفى .

ولكن السؤال الذي يطرح هنا هل يمكن بالرغم من عدم مشروعية هذه الفرضية القول بثبوت نسب المولود الى الزوج المطلق او المتوفى ؟الاجابة تكمن في ان الطلاق لو كان رجعياً وتم التلقيح اثناء العدة بعلم ورضا الزوج لامكن القول بثبوت نسب المولود الى الزوج وان مثل هذا العمل يعتبر رجوعا ضمنيا عن الطلاق حتى لو توفى الزوج بعد ذلك،اما بالنسبة للطلاق البائن اوالوفاة فهنا نرى ان احكام النسب التي نظمها قانون الاحوال الشخصية بالمواد(٥١–٥٤) منه تحدثت في م(٥١)الى اثبات النسب بفراش الزوجية بشرطين:

اولهما: ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل: وسبق ان اوضحنا ذلك.

وثانيهما: ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا: وسبق ان اوضحنا ذلك.

وتطبيق احكام هذه المادة على هذه الصورة يقودنا الى القول،ومن وجهة نظرنا،بعدم ثبوت نسب المولود من الزوج المتوفى بالرغم من ان المشرع العراقي لم يشترط اقصى مدة للحمل كما اشترطها القانون المصري والكويتي ،والمشار اليهما سابقاً ذلك انه على فرض تحقق الشرط الاول وهو ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل الا ان الشرط الثاني الخاص بالتلاقي لا يمكن تحقه ذلك ان التلاقي سيكون غير ممكناً في حالة وفاة الزوج وغير جائز في حالة الطلاق البائن ومن ثم امكن القول بعدم ثبوت النسب الى الزوج وان كانت الام هي الزوجة المطلقة او الارملة على اعتبار انها هي صاحبة البويضة والرحم الا ان المولود سوف لا يكون له اب.

غير ان ثمة سؤال يطرح حول امكانية اثبات نسب المولود بالاقرار عند تعذر ثبوته بالفراش وحسب ما اشارت اليه المادة(٥٢)من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي نصت على ان"١- الاقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له اذا كان يولد مثله لمثله.٢- اذا كان المقر امرأة متزوجة او معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها الا بتصديقه او بالبينة ".

ان الاجابة عن هذا التساؤل في ضوء النص المتقدم يعني القول ان اثبات النسب يمكن ان يكون له طريق آخر في القانون العراقي وهو إقرار الزوج بالابوة لمولود بعد ان تقام عليه دعوى اثبات النسب،وهذا يعني بامكان الزوج الاقرار بالابوة ولكن هذه الفرضية ان كانت تستقيم بالنسبة لحالة الطلاق لان الزوج لا يزال على قيد الحياة ويمكن له الاقرار بالابوة الا انها لايمكن ان تستقيم بالنسبة لحالة الوفاة اذ كيف يمكن تصور اقرار شخص ميت ثم هل يمكن اعتبار موافقة الزوج قبل وفاته على اجراء عملية التلقيح الصناعي اقراراً منه بنسب المولود اليه ؟ يجيب البعض عن هذا التساؤل بالقول انه قد يبدو صحيحاً عقلاً ومنطقاً اعتبار موافقة الزوج على اجراء التلقيح الصناعي اقرارا ضمنياًمنه على ان المولود من نطفته وخرج من صلبه ومن ثم فهوابوه الحقيقي لكن مثل هذا القول المنطقي يتعارض مع فلسفة الاقراروطبيعته فالاقراربالنسب لايصدرعن الزوج وانما عن رجل لا تربطه بالمرأة التي وضعت المولود علاقة زواج شرعية(٧٨)،ونرى ان مثل هذا الاقرارلا يعتد به في القانون العراقي كون من شروط الاقرار ان يكون امام القضاء(٧٩) ثم انه لو اقر ضمناً بجواز التلقيح بعد موته فهذا الاقرار لا يعني جواز العملية واثبات النسب لتعلق الامر بالنظام العام ،كما قلنا سابقاً،فان هذه الفرضية(التلقيح بعد الوفاة اوالطلاق)غيرجائزة في القانون ومن ثم القول بعدم ثبوت النسب .

ولكن ما هو الحكم لو انكر المطلق نسب المولود منه او في حالة حصول التلقيح بعد الوفاة فكيف يتم اثبات نسب المولود ؟ لو رجعنا الى الفقرة (٢) من م (٥٢) مارة الذكر لوجدنا انها اشارت الى انه اذا كان المقر امرأة متزوجة او معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها الا بتصديقه او بالبينة وامام انتفاء التصديق في هذه الفرضية لانكار المطلق لنسب المولود من مطلقته او لوفاة الزوج في التلقيح بعد الوفاة فلا يبقى امام الزوجة (الام) سوى اللجوء الى البينة لاثبات النسب، والبينة المثبتة للنسب هي شهادة رجلين عدليين او رجل وامرأتين عدول(٨٠)مع ملاحظة ان القانون العراقي اجاز اقامة دعوى النسب المجردة ولم يجز سماع دعوى الارث الا ضمن المال (٨١)على خلاف القانون المصري الذي ميّز بين ما اذا كان المدعى عليه (الاب) حيا فتسمع هنا الدعوى مجردة اوكانت بعد وفاته فلا تسمع دعوىالنسب الا ضمن دعوى بحق آخر كالارث لان النسب في هذه الحالة ليس هوالمقصود وانما ما يترتب عليه من حقوق وقد يقال ان اللجوء الى البينة لاثبات النسب في هذه الفرضية يبدو غريباً بدرجة او بآخرى لان الزوج هنا يعامل معاملة الاجنبي تماماًعن الزوجة مع انه كان وقت حدوث عملية التلقيح الصناعي زوجاً شرعياًلها وان الاعتراف للولد بالنسب لرجل بناءاًعلى الشهادة مع ان هذا الرجل كان مرتبطاً قبل وفاته بالام برابطة زوجية مشروعة وحدث الحمل حال الحياة الزوجية (التلقيح الصناعي في

وعاء الاختبار)(٨٢).ولاشك ان ما تقدم ذكره من احكام ان كان يستقيم مع فرضيات الانجاب الطبيعي الا انه لايستقيم مع فرضيات الانجاب الصناعي وان المفارقات اعلاه سببها ،ومن وجهة نظرنا،عدم ملائمة احكام وقواعد النسب الحالية سواء في القانون العراقي اوالقوانين الاخرى التي لم تنظم الانجاب الصناعي بتشريع خاص لان هذه الاحكام الخاصة بالنسب تنطبق على مفهوم الاتصال الجنسي في حين ان التلقيح الصناعي يقوم على الفصل بين الانجاب والاتصال الجنسي لذا نرى ضرورة تعديل احكام القانون العراقي فيما يخص النسب باضافة عبارة ان يكون التلاقي الحقيقي او الحكمي بين الزوجين ممكناً وتحديد اقصى مدة للحمل كي تستطيع المطلقة او المعتدة من وفاة اثبات نسب مولودها وكذلك بيان احكام اثبات النسب في كل فرضيات التلقيح الصناعي سواء في تشريع خاص او في قانون الاحوال الشخصية النافذ وذلك حفاظاً على سمعة وكرامة وحقوق المولود عن طريق هذه التقنية .

المبحث الثاني

إثبات النسب خارج إطار العلاقة الزوجية

ويقصد بالقول خارج إطارالعلاقة الزوجية ان لا يكون بين اطراف العملية(صاحب النطفة وصاحبة البويضة وصاحبة الرحم)اية علاقة زواج شرعية اوقانونية سواء اكانوا غير متزوجين اصلاً ام كانوا متزوجين من بعضهما وانتهت العلاقة بينهما اما بالطلاق او الانفصاال او ان احدهما او كلاهما متزوج من الغير(زوج او زوجة الغير) .وعموماً فان فرضيات هذه الصورة عديدة جداً لو تعمقنا بها نجد انها تتجاوز المئات من الفرضيات وان المطلع على مؤلفات وبحوث علماء الشريعة وفقهاؤها المحدثين (٨٣)يجد انهم تناولوا بالحكم العديد منها ولمحوا الى وجود فرضيات اخرى لها. وبعيدا عن الخوض في تفاصيل كل فرضية وما يتشعب منها من فرضيات اخرى وكي نزيل عن ذهن القارئ اختلاط الافكار وتبيان الحقيقة ومعرفة الحكم على الرغم من التعدد طالما ان الحكم الشرعي في النسب لهذه الصورة و فرضياتها يكون واحداً في نظر علماء الشريعة وان اختلفوا فيما بينهم، كما سنرى ذلك،في بيان حكم النسب ،لذا ارتأينا ان نحدد هذه الصور وفق تحديد منطقي سليم وسنقسم هذه الصورة الى ثلاثة صور أساسية تنقسم عنها صور فرعية وكما يلي :

الصورة الاولى : التلقيح ثنائي الاطراف. أي ان هنلك شخصين في العملية الاول الرجل صاحب النطفة (وسنرمز له بالرمز (أ)) والثاني المرأة صاحبة البويضة والرحم (وسنرمز لها بالرمز (ب))، وتتفرع عن هذه الصور الفرضيات الاتية :

١. ان يكون كلا من (أ) و(ب) غير متزوجين سواء أكان(أ) اعزب او مطلق اوارمل او كانت(ب) باكر او مطلقة او ارملة.
٢. ان يكون (أ) متزوج من امرأ ة اخرى و (ب) غير متزوجة .
٣. ان تكون (ب) متزوجة من رجل آخر ويكون (أ) اعزب .
٤. ان يكون (أ) متزوج من امرأة أخرى و (ب) متزوج من رجل آخر .
٥. ان يكون(أ) ذو رحم محرم ل(ب) كالا خ او العم او الابن ... الخ .
٦. ان يكون(أ) مجهول الهوية و(ب)(٨٤) معلومة الهوية او مجهولة الهوية(٨٥)او قد يكون كلاهما مجهول الهوية(٨٦).
٧. وفي جميع هذه الفرضيات قد يكون التلقيح داخلي او خارجي (أطفال انابيب) .

الصورة الثانية : التلقيح الثلاثي الأطراف

أي هنالك ثلاثة اشخاص هم (أ) صاحب النطفة و(ب) صاحبة البويضة و(ج) صاحبة الرحم. وتتفرع عن هذه الصورة الفرضيات الاتية:

١. ان يكون كل من(أ) و(ب) و(ج) غير متزوجين .
٢. ان يكون(أ) متزوج من اخرى و(ب) و (ج) غير متزوجتان او مطلقتان او ارملتان .
٣. ان يكون(أ) متزوج و(ب)متزوجة من غيره و(ج)غير متزوجة .
٤. ان يكون (أ) غير متزوج و(ب) متزوجة من الغير وان(ج) غير متزوجة(٨٧) .
٥. ان يكون(أ) متزوج من اخرى و(ب)غير متزوجة وان(ج)متزوجة من رجل آخر .
٦. ان يكون(أ) زوج (ب) و ان (ج) غير متزوجة .
٧. ان يكون(أ) زوج (ب)و ان(ج)متزوجة من آخر .

٨. ان يكون (أ) زوج (ب) و(ج) معا.
٩. ان يكون(أ) زوج (ج) و ان(ب) غير متزوجة .
١٠. ان تكون(ج)هي رحم محرم ل(ب) كالاخت او الام او البنت والعمة والخالة .
١١. قد يكون (أ)رحم محرم ل(ب)او(ج)او كلاهما.
١٢. ان يكون كل من (أ)و(ب)مجهول الهوية او احدهما وان (ج)معلومة الهويه.
١٣. وفي جميع هذه الفرضيات قد يكون التلقيح داخلي او خارجي (أطفال أنابيب).

الصورة الثالثة : ان يكون طالب التلقيح من غير أطراف عملية التلقيح

وهذه الصورة تتضمن الصورتين السابقتين الا ان الاخصاب والحمل يكون لحساب طرف ثالث ، ان كانت العملية بين اثنين وطرف رابع ان كانت بين ثلاثة سواء اكان هذا الطرف هو امرأة فقط او رجل فقط او رجل وامرأة وسواء اكانا زوجين شرعيين ام ليس كذلك ،وتتفرع عن هذه الصورة الفرضيتين الاتيتين:

١- اذا ما كان التلقيح وفقا للصورة الاولى: فهنا سنكون امام ذات الفرضيات السابقة لهذه الصورة الا اننا نضيف عليها في هذه الفرضية الفرضيات الاتية :

أ- ان ان يكون طالب التلقيح هو رجل فقط غير متزوج او متزوج حسب الظروف .

ب- ان يكون طالب التلقيح هي امرأة فقط متزوجة او غير متزوجة حسب الظروف .

ج- ان يكونا طالبي التلقيح رجل وامرأة سواء كانوا متزوجين من بعضهما او غير متزوجين او كل منهما متزوج من الغير اواحدهما متزوج والآخر غير متزوج وحسب الظروف .

ح- ان يكون احدهما او كلاهما رحم محرم ل (أ) او (ب) او كلاهما .

خ- ان يكون احدهما او كلاهما مجهول الهوية .

٢- اذا كان التلقيح حسب الصورة الثانية: فسنكون امام ذات الفرضيات السابقة لهذه الصورة وامام ذات الاحتمالات الواردة في الفقرة (١) من هذه الصورة.

وامام هذه الفرضيات اللامتناهية من صورة التلقيح بين غير الزوجين فان الإشكالية الخاصة بالبحث تدور حول مدى امكانية اثبات نسب المولود من كل هذه الصور الامر الذي يتطلب منا تقسيم هذا البحث الى مطلبين : الاول نتناول فيه الموقف الفقهي الشرعي والقانوني.والثاني نتطرق فيه الى الموقف التشريعي والقضائي .

المطلب الاول

الموقف الفقهـــي الشرعي والقانوني

لقد وردت الآراء بهذا الخصوص بين مثبت للنسب ومنكر له بغض النظر عن مشروعية هذه الصورة من عدمها سواء بين علماء الشريعة الإسلامية وفقهاؤها او بين فقهاء القانون.وعليه فاننا سنتناول هذا المطلب في فرعين: نخصص الاول لموقف علماء وفقهاء الشريعة الاسلامية ونتناول في الثاني موقف فقهاء القانون.

الفــرع الاول :موقف علماء وفقهاء الشريعة الإسلامية

لا شك في ان جميع فقهاء وعلماء الشريعة،على حد علمنا(٨٨)، قد اجمعوا على تحريم جميع صور وفرضيات التلقيح الصناعي الواقع خارج اطار العلاقة الزوجية بنوعيه الداخلي والخارجي.الا ان الخلاف يكمن حول مسألة اثبات نسب المولود من والديه في مثل هذه الصورة خصوصا وان التلقيح حاصل بين رجل وامرأة ليس بينهما عقد زواج شرعي او حلة شرعية تبيح الإنجاب والتوالد وثبوت النسب،وهذه الإشكالية يمكن لمس آراء علماء وفقهاء الشريعة بخصوصها في عدة اتجاهات يمكن تركيزها في ثلاثة اتجاهات:الاول يرتب آثار الابوة والامومة الكاملة والثاني يرتب احكام الزنا والثالث يرتب احكام اللقيط . وسنتناول كل من هذه الاتجاهات الثلاثة في ثلاثة فقرات مستقلة .

اولاً :الاتجاه الذي يرى اثبات النسب للمولود

حيث ذهب اصحاب هذا الاتجاه الى ان التلقيح(الداخلي اوالخارجي)وسواء اكان بين اجنبيين غير متزوجين او كل منهما متزوج من الغير فان الصلة النسبية تثبت للمولود حيث ان صاحب النطفة هو الاب وان كان متزوجا من امرأة اخرى غير التي ولدته وان صاحبة الرحم التي ولدته ستكون الام(٨٩).

فذهب السيد الخوئي الى تحريم هذه الصورة بكافة فرضياتها الا انه يرى ان تم فعل ذلك وحملت المرأة ثم ولدت فالولد ملحق بصاحب الماء(النطفة) ويثبت بينها جميع احكام النسب(٩٠).والى ذلك ايضا ذهب السيد محمد محمد

صادق الصدر في كل فرضياته التي وضعها لهذه الصورة بالقول بان الاب هو صاحب الماء(النطفة) وان الام هي التي ولدته وان لم يكن بين صاحب الماء(النطفة)والمرأة التي ولدته أي رابطة زوجية ولكن احكام الامومة والابوة بينهما وبين الابن او البنت جارية وليست لزوجة صاحب الماء(النطفة) أي دخل في الموضوع(٩١) .
وعموماً فان اصحاب هذا الاتجاه لا يرون أي وجه لنفي نسب الولد الى صاحب النطفة ثم انه بالامكان استثناء موارد الخطأ والاشتباه الحاقاً بالوطء عن شبهة حيث لا اشكال في ان الولد الناتج عنه يلحق بالواطىء فكذلك في هذه الموارد لانها من سنخه فتأمل(٩٢).
وينكر اصحاب هذا الاتجاه الحاق هذه الصورة بالزنا،كما ذهب اليه البعض،لان مثل هذا الامر يشبه القياس لعدم ظهور دليل نفي الانتساب الى الاب الزاني في كون الملاك فيه عدم شرعية الحمل وانه قياس مع الفارق فيما اذا لم يكن وضع النطفة في رحم المرأة بمباشرة صاحب النطفة حتى لو كان راضياً بها ومساهماً فيه بتوفير بعض مقدماته كما لعلة ظاهر،وعليه فان الصحيح هوالحاق الولد بصاحب النطفة في جميع الموارد وان لم يكن الحمل به شرعياً الا في مورد الزنا(٩٠).وعليه فان صاحب النطفة هو اب المولود دون زوجته ان كان متزوج لعدم اشتراكها في الاخصاب والتوليد وان امه هي التي ولدته سواءاكانت صاحبة البويضةالمخصبة والرحم اوصاحبة الرحم فقط دون زوجها ان كانت متزوجة مع كل ما يترتب على ذلك من ثبوت الحرمة.
ولكن السؤال الذي يطرح هنا حول امكانية التوارث بين المولود وابيه صاحب النطفة ؟
ذهب الجانب الاكبر من اصحاب هذا الاتجاه(٩٤)الى القول بثبوت التوارث بينهما لثبوت نسبه منه بالحمل من نطفته. في حين ذهب الاقليّة منهم(٩٥) الى عدم ثبوت التوارث بين المولود وابيه صاحب النطفة(٩٦).

ثانيــاً :الاتجاه الذي يرى تطبيق احكام الزنا والتبني على المولود

ذهب جانب من علماء وفقهاء الشريعة الإسلامية(٩٧) الى القول بأن التلقيح الصناعي(الخارجي اوالداخلي)وان كان ليس زنا بالمعنى المحدد شرعاً الا انه يلتقي معه في إطار واحد جوهرهما وسنخهما واحدا وهو وضع ماء رجل أجنبي قصدا في حرث ليس بينها وبين ذلك الرجل عقد ارتباط (زواج)*شرعي الا انه يأخذ حكم الزنا مع كل ما يترتب على ذلك من احكام ومنها احكام النسب(٩٨).
غير ان اصحاب هذا الاتجاه قد فرّقوا بين التلقيح الصناعي الثنائي الإطراف عن التلقيح الثلاثي الاطراف الذي تساهم فيه امرأة برحمها ، ففيما يخص التلقيح الثنائي الذي يتم بين نطفة رجل وبويضة ورحم امرأة ليس بينهما رباط شرعي قالوا بثبوت نسب المولود من امه التي ولدته دون ثبوت النسب من الرجل(صاحب النطفة) قياساً على حكم الزنا الذي لا يثبت به نسب المولود من ابيه الزاني بل يثبت من امه الزانية واهلها(٩٩)،بل ذهب البعض منهم الى القول بان التلقيح بهذه الصورة افضع جرماً واشد نكراً من التبني لان التبني يؤدي الى إدخال عنصر غريب في سلسلة النسب مع العلم ان الولد المتبنى ليس حلقة في سلسلة الاسرة اما ولد التلقيح فهو يؤدي الى ذات النتيجة التي يؤدي اليها التبني وهي إدخال عنصر غريب في النسب بالاضافة الى التقائه مع الزنا في إطار واحد(١٠٠).وعليه فان المرأة صاحبة البويضة والرحم وان كانت متزوجة من غير صاحب النطفة فان المولود هو ابنها و ليس ابنا لصاحب النطفة ولا يجوز ايضاً اعتبار زوجها الحقيقي اباً لهذا المولود ونفس الامر بالنسبة للزوجة التي تم تلقيح نطفة زوجها ببويضة غيرها لا تعتبر اماً له بل ومن باب اولى عدم اعتباره ابنا للزوجين متى كانت البويضة الملقحة من شخصين اجنبيين(هبة نطفة او بويضة من الغير) استناداًالى ان التلقيح بهذه الصورة شبيهة بالزنا لعدم حصول المواقعة الجنسية(١٠١)،وهو ما ذهبت اليه دار الإفتاء المصرية مؤكدة ان تلقيح الزوجة بماء غير زوجها حرام لان فيه معنى الزنا .
اما وفقا للتلقيح الصناعي ثلاثي الاطراف حيث ان النطفة من الرجل والبويضة من امرأة والرحم لامرأة اخرى فهنالك خلاف حول مسألة الاب فمنهم من يرى انه لو كانت صاحبة البويضة متزوجة فان زوجها هوالاب بينما يرى آخرون ان زوج صاحبة الرحم هو اب المولود ، وكذلك بالنسبة للام فمنهم من يرى انها صاحبة البويضة ومنهم من يرى انها صاحبة الرحم وسنوضح هذه المسألة عند التطرق الى الرحم البديل ولا نرى حاجة لذكرها هنا منعا للتكرار. كما ان البعض(١٠٢) اختصر الصور بالقول بان كل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعا من التلقيح الصناعي لا ينسب الى اب جبراً وانما ينسب لمن حملت به ووضعته باعتبارها حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما. ويرى اصحاب هذا الاتجاه ان التلقيح الصناعي لو حصل لحساب زوجان اخران اورجل وامرأة غير متزوجين(اصدقاء) سواء في صور التلقيح الصناعي الثنائي ام الثلاثي بان لم يكونا صاحبي النطفة

والبويضة والرحم فهنا سيكونان بحكم المتبنين للمولود أي ابوه وامومه بالتبني وهذا الاخير قد حرمه الاسلام ولم يرتب عليه أية آثار من حرمة اوميراث ...الخ (١٠٣).

ويرى جانب آخر(١٠٤)الى انه بالرغم من تحريم التلقيح بغير ماء الزوج سواء مع موافقة الاخير عليه من عدمه الا ان حكمه حكم الزنا وبالتالي فان نسبة المولود تكون لامه اما بالنسبة للزوج فان كان بغير علمه نسب اليه لانه ولد على فراشه طبقاً للحديث الشريف " الولد للفراش " وان كان بعلمه فقيل ينسب اليه بحكم الفراش وقيل لاينسب اليه الا اذا اقرّ واعترف به وقيل لاينسب اصلاً وطريق نفيه يكون باللعان ، غير ان هذا الجانب لم يتطرق لحكم النسب اذا ما كانت المرأة صاحبة البويضة او الرحم او كلاهما غير متزوجة .

وعليه فان اصحاب هذا الاتجاه يرون ان صور التلقيح بين غير الزوجين غير جائزة وانها تلحق بالزنا حكماً وان لم يكن زنا ويترتب على المولود آثار ابن الزنا واذا ما تم الحمل لحساب الغير بان يتبرع شخص بنطفته وامرأة ببويضتها ورحمها او ببويضة امراة ورحم امرأة اخرى فان المولود سيكون بحكم المتبنى لمن تم الحمل لحسابه ويترتب عليه مايترتب على الابن المتبنى مع ملاحظة ان اصحاب هذا الاتجاه لم يدخلوا في هذه الصورة مسألة ما اذا كانت هذه العملية قد تمت بين زوج لقح نطفته ببويضة زوجته الاولى وزرعت في رحم زوجته الثانية بل بحثوها في مسألة الرحم البديل والتي سنتطرق اليها لاحقاً في المبحث القادم .

ثالثاً : الاتجاه الذي يرى تطبيق أحكام اللقيط على المولود

ذهب د. عطا عبد العاطي السنباطي(١٠٥)الى القول بان كل صور الإنجاب الطبي غير الجائزة شرعاً لا يثبت فيها نسب المولود من صاحب النطفة وان عرفت نسبته بيولوجياً عن طريق البصمة الوراثية وبالتالي فانه يأخذ حكم اللقيط واللقيط في اللغة على وزن فعيل فيقال لقطت اصابعه اذا اخذتها بالقطع دون الكف والتقطت الشيء جمعته(١٠٦)،اما في الاصطلاح فهو لايختلف عنه في اللغة فاللقيط هو فعيل بمعنى مفعول كجريح وقتيل ويسمى ملقوطاً باعتبار انه يلقط أي باعتبار مآله ومنبوذاً باعتبار انه ينبذ اذا الْقي في الطريق ونحوه ويسمى دعيّاً ايضا (١٠٧).

وعليه فوفق هذا الرأي فان المولود الناتج من احدى صور التلقيح الصناعي غير المشروعة والتي لا يثبت نسبه منها لاب يأخذ حكم اللقيط وان نسب الى الام التي ولدته باحدى الصور غير المشروعة فانه لا ينسب لزوجها وبالتالي فان زوجها يأخذ حكم الملتقط له ما للملتقط وعليه ما على الملتقط .

الفرع الثاني :موقف فقـــهاء القانون

اكتفى فقهاء القانون في الغالب في بيان رأيهم حول مشروعية هذه الصورة سواء اكان رأيا شخصيا ام قانونيا دون بيان مسألة النسب .

ويلاحظ على الفقه الغربي لا سيما الفرنسي(١٠٨) منه انقسامه حول جواز مثل هذه الصورة وترتيب آثارها بين من يرى جواز مثل هذه الصورة وترتيب صفة البنوة على المولود وبين من يرى عدم جوازها وكل استند في بيان رأيه على موقف القانون الفرنسي والقضاء حول هذه الصورة .

اما فقهاء القانون المصري فانهم متفقون على عدم مشروعية التلقيح الصناعي بنوعيه الخارجي او الداخلي بين غير الزوجين بكافة صوره لمخالفة ذلك لاحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة .

ويتسأل البعض(١٠٩) مستغرباً من هذه الصورة كونها تتنافى مع الكرامة الإنسانية اذ كيف للزوج ان يقوم بتربية طفل ليس ابنه او من صلبه ؟ ثم بماذا تختلف هذه الحالة عن حالة الزنا ؟ واي كرامة لزوج يسمح لزوجته بان تلجأ للزنا لغاية إنجاب طفل ثم يقوم بتربيته ؟ ويخلص الى القول بان الزواج والاسرة والبنوة من النظام العام وحماية هذه المصالح امر تقتضيه مصلحة المجتمع .

ويرى جانب اخرى ايضاً عدم مشروعية هذه الصورة ووجوب رفضها لآثارها السيئة والخطيرة بالنسبة للطفل والمجتمع(١١٠)وان هذه الصورة من صور الإنجاب اذا ما ابيحت ستؤدي الى اختلاط الانساب فضلاً عن إثارتها للعديد من المشاكل القانونية والاجتماعية والدينية لذلك فهي محرمة(١١١).

غير ان من فقهاء القانون من تطرق صراحة الى حكم النسب في هذه الصورة رغم تأكيده القاطع على تحريمها حيث خلص الى قاعدة كلية في النسب مفادها ان المهم بالنسبة لثبوت النسب توافر احد اسباب ثبوته والتي اقرّها فقهاء الشريعة الإسلامية (وهي الزواج الصحيح او الزواج الفاسد او الوطء بشبهة او مخالطة الرجل جاريته التي يملكها ملك يمين والإقرار) فاذا لم يتوافر احد هذه الاسباب فلا يثبت النسب للولد من ابيه ويرى انه وان لم يثبت النسب في هذه الصورة طبقاً لقاعدة (الولد للفراش)يمكن ان يلجأ الى إقرار نسبه اذا توافرت شروط هذا

الإقرار(١١٢) ويفصل جانب آخر هذه الصورة بالقول ان التلقيح الصناعي اذا كان بغير ماء الزوج فانه يتشابه مع الزنا ولايثبت به النسب واذا تم تلقيح بويضة امرأة متزوجة بنطفة رجل غير متزوج فان هذه الصورة مع حرمتها الا انه يرى ان زوج هذه المرأة سيكون، وطبقاً لقاعدة (الولد للفراش)، أباً للمولود من الناحية القانونية اذا اقر صراحة او دلالة (كما في حالة السكوت) ويثبت نسبه للزوجة أيضاً كأم للمولود لكن قرينة الأبوة ليست قاطعة بل يمكن اثبات عكسها بكافة طرق الإثبات حيث يجوز للزوج او ورثته رفع دعوى انكار ابوة الطفل الناتج عن التلقيح الصناعي الذي لايعلم به الزوج ويثبت عجزه عن الإنجاب ولكن ينبغي ان يقع هذا الإنكار بعد العلم بالولادة او بعدها بفترة قصيرة(١١٣).

وأخيراً لابد من الإشارة الى ان مؤتمر كلية الحقوق بجامعة القاهرة المنعقد عام ١٩٩٣ انتهى من ضمن توصياته الى عدم جواز الاستعانة في إجراء التلقيح الصناعي خارج إطار العلاقة بين الزوجين أيّاً كان الاسلوب الذي استعمل في إجرائه ويحدد القانون العقوبة المقرر له كما أوصى بان يجرم القانون التعامل بمقابل او دون مقابل في الخلايا التناسلية المذكرة او المونثة سواء كان ذلك على سبيل الاتجار او لمرة واحدة(١١٤).

المطلب الثاني

الموقف التشريعي والقضائي

ان البحث في هذا الموضوع يتطلب منا تقسيمه الى فرعين :الاول نخصصه لبيان الموقف التشريعي والثاني لبيان موقف القضاء المقارن .

الفرع الاول : الموقف التشريعي

سنقسم هذا الفرع الى جانبين :الاول نخصصه لموقف التشريعات الغربية والثاني لموقف التشريعات العربية و التشريع العراقي .

اولاً: موقف التشريعات الغربية

ذهب البعض من قوانين الدول الغربية الى إجازة صورة التلقيح بين غير الزوجين سواء اكانت البويضة من الزوجة والنطفة من غير الزوج او العكس وان كان بعضها قد ذهب الى عدم جواز الحمل لحساب الغير، كما سنرى ذلك لاحقاً.فذهب المشرع السويدي في القانون المرقم(٧١١)الصادر في ١٤ /٦ / ١٩٨٨ والخاص بالإخصاب الى جواز التلقيح بماء غيرالزوجين سواء لكليهما اواحدهما بل وجوازه بين الصديقين(العلاقات الحرة)(١١٥) بشرط رضا الزوجين اوالصديقين كتابة قبل التدخل الطبي وبدون مقابل.وكذلك اتجاه المشرع الالماني في القانون الصادر في ١٣ / ١٢ / ١٩٩٠ والخاص بحماية البويضة الملقحة وقرر جواز تلقي الزوجين لبويضة ملقحة وزرعها في رحم الزوجة ومن الشراح من يرى انه من باب اولى القول بجواز تلقيح بويضة الزوجة بمني رجل أجنبي او تلقيح بويضة امرأة اجنبية بنطفة الزوج بل واجاز هذا القانون التلقيح ايضاً بين الصديقين وان اشترط موافقة لجنة خاصة على ذلك(١١٦) .

وكذلك ايضاً ذهب المشرع البريطاني في القانون رقم ٣٧ في ١ / ١١ / ١٩٩٠ والمتعلق بحماية البويضات المخصبة الى جواز استرداد وتصدير البويضات الملقحة وذلك بين الزوجين اوالصديقين(١١٧).وذهب المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة المعدل بالقانون رقم(٦٥٣) لعام ١٩٩٤ الى إباحة التلقيح الصناعي بماء غير الزوجين متى وجدت رابطة الزوجية بين احد الزوجين او الصديقين (علاقة حرة) ولكن ما يؤخذ على هذا القانون انه لم يجز ان تكون البويضة والنطفة معاًلغير الزوجين وانما يشترط ان يكون احدهما (البويضة والنطفة) لاحد الزوجين والاخر لغير الزوجين كأن تلقح بويضة الزوجة بنطفة غير الزوج او ان تلقح نطفة الزوج ببويضة غير الزوجة شرط الرضا بين الزوجين او الصديقين الكتابي(١١٨).

ثانياً: موقف التشريعات العربية والتشريع العراقي

بالنسبة لتشريعات الدول العربية ، فكما قلنا سابقاً انها لم تتطرق الى عمليات التلقيح الصناعي وبالتالي ينبغي الرجوع الى القواعد العامة. والذي يمكن قوله بهذا الخصوص عدم جواز هذه الصورة بكافة فرضياتها لمخالفتها اما للقوانين الخاصة بتنظيم الاعضاء البشرية اولأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر من النظام العام في ظل معظم الدول العربية وبالتالي القول بعدم ثبوت نسب المولود لصاحب النطفة وان امكن القول بثبوت النسب من المرأة صاحبة الرحم كونها التي ولدته. اما وفقا للتشريع العراقي فنرى عدم جواز صورة التلقيح الصناعي بين غير الزوجين بكل فرضياتها لتعارضها مع النظام العام وبالتالي القول بعدم ثبوت النسب بين المولود وصاحب

النطفة لانعدام العلاقة الشرعية والقانونية بين صاحب النطفة وصاحبة البويضة والرحم وان عدت الاخيرة امّا للمولود على اعتبار انها ولدته واذا كان هذا القول يبدو سليماً عندما يقر الرجل والمرأة على ان ولدهما جاء نتيجة تلقيح صناعي(خارجي او داخلي) مع انكار وجود علاقة غير شرعية بينهما ولكن الامر سيكون محل بحث وتحري في الاحوال التي يخفي فيها الرجل والمرأة طبيعة العلاقة بينهما وكيفية انجاب المولود وتخصيبه فهل يمكن القول بثبوت نسب المولود من طرفي او اطراف عملية التلقيح ؟ ان الإجابة عن مثل هذا التساؤل تتطلب منا بحث المسألة من جانبين: الاول في حالة التبرع بنطفة ذكرية الى امرأة(١١٩)والثانية في حالة التبرع بويضة انثوية الى رجل(١٢٠).

١ - الحالة الاولى : التبرع بنطفة ذكرية الى امرأة

أي ان رجل ما سواء اكان متزوجاً ام لا يقوم بهبة نطفته الى امرأة لغرض تلقيحها لحسابها ومن ثم حصولها على مولود. وبغض النظر عن عدم مشروعية مثل هذه الحالة في التشريع العراقي كما ذكرنا الا انه يثار التساؤل حول مدى إمكانية الالتفاف(التحايل)على نصوص القانون العراقي ومن ثم القول باثبات نسبه المولود في هذه الفرضية ؟ان الاجابة عن مثل هذا التساؤل تتطلب منا التمييز بين حالتين: الاولى كون المرأة غير متزوجة والحالة الثانية كونها متزوجة من غير المقر.

أ- **بالنسبة للحالة الاولى(المراة غيرمتزوجة):** فان نسب المولود من المرأة صاحبة البويضة والتي هي ولدته تثبت قانوناً لانها التي ولدته ولايهم ما اذا تم عن طريق زواج ام سفاح ام غيره ولاتظهر اية اشكالية ولكن الإشكالية ستظهر بخصوص إمكانية إلحاق المولود بصاحب النطفة ولكن نرى هنا عدم امكانية تطبيق قاعدة (الولد للفراش) والتي حددت مضمونها م(٥١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي لانها اشارت الى النسب عن طريق علاقة زوجية وهنا لاتوجد علاقة زوجية فلا يمكن القول بثبوت النسب من صاحب النطفة .ولكن التساؤل الذي يثارهنا هل يمكن لصاحب النطفة اذا ما اراد إلحاق نسب المولود إليه ان يقر له بالنسب حسب احكام م (٥٢) من القانون العراقي أعلاه ؟

في الحقيقة انه وفقا للقانونين المصري والكويتي يمكن القول بثبوت النسب من اقرارالرجل ببنوة مجهول النسب ان لم يكذبه العقل اوالعادة ولم يقل انه من الزنا دون حاجة الى بيان السبب(عن طريق زواج او اتصال بشبهة) لان الانسان له ولاية على نفسه فيثبت بإقراره النسب متى توافرت شروطه المعتبرة قانونا (١٢١) ،اما وفق القانون العراقي فرغم اشتراطه لصحة الإقرار بالابوة ان يكون المقر له مجهول النسب وان يولد مثله لمثله فهنا فان الإقرار سيرتب الآثار القانونية للنسب اذا ما توافرت شروطه .

ب- **بالنسبة للحالة الثانية(المرأة متزوجة من غير صاحب النطفة):** فهنا لا إشكال ايضاً من الحاق نسب المولود الى أمه (صاحبة البويضة والرحم) كونها هي التي ولدته.

ولكن لاي اب يثبت نسب المولود هل لزوج المرأة(صاحبة البويضة والرحم) ام لصاحب النطفة ؟جوابا عن هذا السؤال يذهب جانب من الفقه إلى إن المولود يستفيد من قرينة الأبوة التي ياخذ بها القانون الكويتي والمصري ومن ثم ينسب هذا الطفل للزوج طبقاً لقاعدة (الولد للفراش) فالولد الذي تلده الزوجة يلتحق نسبه بمن يحل له شرعاً الأتصال بها جنسياً وهو الزوج (١٢٢).

ونرى أيضاً ان هذا الراي ينطبق على أحكام م (٥١) من القانون العراقي شرط أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً وان يولد لاقل مدة الحمل من تاريخ الزواج فامام هذان الشرطان يمكن القول بالحاق نسب المولود قانوناً إلى زوج من ولدته. ولكن السؤال الذي يثار هل إن هذه القرينة قاطعة أم لا خصوصا إذا كان هذا الزوج لايعلم بما قامت به الزوجة من تلقيح نفسها بنطفة غيره ؟في الحقيقة نرى إن هذه القرينة هي بسيطة ويمكن اثبات عكسها بكافة طرق الإثبات فيستطيع الزوج في حياته أو ورثته بعد وفاته رفع دعوى إنكار نسب (أبوة)الطفل نتاج عملية التلقيح.

ولكن ما هو الحكم لوكانت عملية التلقيح حصلت بعلم ورضا الزوج فهل يحق له إنكار النسب؟ ان الإجابة عن هذاالسؤال تختلف من دولة لآخرى فالقضاء الفرنسي كان متردداً في قراراته بين قبول مثل هذه الدعاوى ورفضها أما وفق القانون المصري فإن على الزوج أن يبادر الى إنكار النسب من المولود وقت الولادة أو وقت شراء ما يلزم حين ولادته أو في أيام التهنئة بالولد إذا كان الزوج حاظراً أما إذا كان غائباً وجب عليه الإنكار وقت علمه بالولادة وإلا أعتبر سكوته إقراراً(ضمنياً)بالنسب إليه (١٢٣).أما وفق القانون الكويتي فإن إعمال م

(١٦٨)من قانون الاحوال الشخصية التي تقرر إنه " لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت إنه غير مخصب أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي ... " يقضي القول بأن النسب في هذه الفرضية (المرأة المتزوجة) يقضي بعدم ثبوته أصلاً ولا داعي للإنكار. أما القانون العراقي فمع عدم وجود مثل هذا النص نرى إن للزوج إنكار نسب المولود عن طريق هذه الصورة من التلقيح الصناعي وإن كان يعلم بالأمر لكن يجب أن يقع هذا الانكار في وقت معقول وقريب من وقت الولادة أووقت علمه بالولادة وإن كان الأمرلا يخلوا من إحالة كلا الزوجين على المحاكم الجزائية لتضليلهما العدالة(١٢٤)إن كان قد تم تسجيل المولود باسميهما في سجلات الأحوال المدنية ووقع الإنكار بعد ذلك (١٢٥) .

٢- الحالة الثانية : التبرع ببويضة أنثوية الى رجل

وهذه الفرضية أيضاً لها احتمالان: الأول ان تتبرع أنثى غير متزوجة ببيوضها لرجل غير متزوج (سواءاكانت هي صاحبة الرحم ام لا)فإن كانت هي صاحبة الرحم والبويضة فإن حكم النسب منها قانوناً هو نفس حكم حالة التبرع بنطفة ذكرية إلى أمرأة غير متزوجة وبالتالي فإن صاحب النطفة يستطيع أن يقر بنسب المولود ويثبت ابوته له وتكون الام هي المرأة صاحبة البويضة والرحم لأنها هي التي ولدته،ولكن الاشكاليات ستثار في فرضيات أخرى كما في حالة كون البويضة من أمرأة والرحم من أمراة اخرى متزوجة او كان صاحب النطفة هو زوج صاحبة البويضة دون صاحبة الرحم أو زوج الثانية دون الأولى(١٢٦)، مع ملاحظة أن بعض هذه الأشكاليات من جهة نسب الأب محلوله كون الزوج (صاحب النطفة)هوالأب الشرعي والقانوني للمولود ولا يستطيع إنكار ابوته للمولود،على الرأي الغالب،لأن النطفة المستخدمة في التلقيح هي نطفته والولد من صلبه حقاً (١٢٧) ،غير إن أختلاف مصدر البويضة أو الرحم سيثير اشكاليات اخرى بخصوص تحديد نسب المولود من أمه فهل ستكون هي صاحبة الرحم أم البويضة ؟ وإن كنا قد ذكرنا سابقاً إن الموقف القانوني سيؤدي بنا الى القول بأنها صاحبة الرحم التي ولدت المولود ولكن هذا الأمر سيزداد إشكالاً عند القول إن صاحبة الرحم هي ليست زوجة صاحب النطفة اوإنها متزوجة من غيره الأمر الذي سيكون عائق أمام الأقرار بالامومة وحسب مضمون م(٥٢) من القانون العراقي مارة الذكر سابقا .

الفرع الثاني : موقف القضاءالمقارن

لعل أهم ما يمثل موقف القضاء المقارن من صور التلقيح الصناعي بنوعية (الخارجي والداخلي)خارج أطار العلاقة الزوجية هو القضائين الفرنسي والأمريكي. وعموماً فإن المطلع على الموقف القضائي يجده انقسم بخصوص جوازهذه الصورة وإثبات النسب للمولود إلى أتجاهين:الاول معارض و الثاني مؤيد. وسنتناولهما بالبحث تباعاً في فقرتين مستقلتين .

أولاً : الأتجاه المعارض للتلقيح الصناعي خارج اطار العلاقة الزوجية والمنكر لنسب المولود

ذهب القضاء الفرنسي والأمريكي في بعض قراراته الى عدم أضفاء الصفة الشرعية لهذه الصورة وعدم إثبات النسب فيها ،فذهبت محكمة (تولوز)الفرنسية في قضية معروضة امامها بخصوص قيام صديقين بالأستعانة بنطفة الغير وتلقيحها ببويضة الصديقة وبعد إنجاب المولود وإقرار الصديق بأبوته للمولود حصل بعدها خلاف بين الصديقين اقام الصديق على اثرها دعوى إنكار نسب المولود منه أمام هذه المحكمة التي قبلت دعواه وقضت بنفي نسب المولود منه كون الوسيلة غير مشروعة . وإذا كان هذا الأتجاه يحصر التحريم بالتلقيح بين الأصدقاء فقط إلا إن هنالك أتجاه قضائي آخر حرمها حتى في أطارالعلاقة الزوجية متى تم الاستعانة بنطفة الغير وأعطى للزوج الحق بإنكارنسب المولود منه بعد الإقرار به إستناداً للمادة(٣١٣)مدني فرنسي في بعض القضايا التي لا مجال للتطرق إليها (١٢٨) .

ثانياً : الأتجاه المؤيد للتلقيح الصناعي خارج إطار العلاقة الزوجية والمثبت لنسب المولود

ذهب القضاء الفرنسي في قضايا اخرى إلى إنكار حق الزوج بنفي نسب المولود المتخلق بنطفة غيره . ففي دعوى عرضت أمام محكمة (يوبنغ) الفرنسية حيث طلب الزوج فيها إنكار نسب ابنه الناتج عن عملية تلقيح زوجته بنطفة متبرع مدعياً إنه تخلق عن علاقة جنسية بين زوجته وصديقها لا عن طريق التلقيح الصناعي ورغم ثبوت إن الأبن ليس للأب إلا إن المحكمة ردت دعواه ورفضت طلبه بإنكار نسب الطفل منه. وهو ذات الأتجاه الذي سارت عليه محكمة (نيس) الفرنسية عام ١٩٧٣والتي أقام فيها زوج دعوى بانكار الطفل المتولد عن طريق تلقيح زوجته خارجياً بنطفة غيره كونه عقيماً مدعياً إنه لم يوافق على العملية إلا إن المحكمة ردت

الدعوى ولم تقبلها . وهو ذات أتجاه القضاء الامريكي في قضايا منها قضية (جورسكي) والتي أحجمت محكمة نيويورك الأمريكية عن التطرق للصفة الشرعية للمولود عن طريق التلقيح الصناعي (١٢٩) .

المبحث الثالث

أثبات النسب في الرحم البديل

تعتبر مسألة الرحم البديل على أختلاف مسمياتها العلمية اوالقانونية أوالشرعية(١٣٠)من المسائل التي اثارت ولا تزال اشكاليات في اثبات النسب لا سيما مع التطور العلمي والسعي للأستغناء عن الرحم الآدمي بالرحم الصناعي أوالحيواني.وعليه فإننا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين: نتطرق في الأول إلى أثبات النسب في الرحم البديل الادمي والثاني نتطرق فيه الى أثبات النسب في الرحم البديل غير الآدمي .

المطلب الأول

أثبات النسب في الرحم البديل الآدمي

تطرقنا في المبحث السابق الى فرضيات عديدة بخصوص التلقيح الصناعي خارج إطار العلاقة الزوجية وخاصة الفرضيات ثلاثية الأطراف(صاحب النطفة وصاحبة البويضة وصاحبة الرحم). وعموماً فان فكرة الرحم البديل يمكن ايجازها بان تؤخذ النطفة من رجل نرمز له (أ) والبويضة من امراة نرمز لها(ب)وتودع اللقيحة برحم امراة اخرى نرمز لها (ج)ويتفرع عن هذا الكلام الفرضيات الاتية :

١- أن يكون (أ) و(ب)و(ج)غير متزوجين.
٢- ان يكون (أ) زوج (ب) وأجنبي عن (ج) .
٣- ان يكون (أ) زوج (ج) وأجنبي عن (ب) .
٤- ان يكون (أ) زوج (ب) و(ج) معا.
٥- ان يكون (أ) متزوج من الغير و(ب) و(ج) غير متزوجتين اومتزوجتين من الغير .
٦- ان تكون (ب) متزوجة من غير (أ) وان (ج) عزباء .
٧- ان تكون (ج) متزوجة من غير (أ) وان (ب) عزباء .
٨- ان تكون (ب) أو(ج) معتدة من طلاق أو وفاة .
٩- ان يكون (أ)رحم محرم ل(ب)او (ج)او لكلاهما.
١٠- يكون (أ)او تكون(ب)مجهول الهوية احدهما او كلاهما.
١١- وقد يكون الحمل هولحساب رجل اخر نرمز له (د) او امراة اخرى نرمز لها (س) او لكلاهما غير (أ) او(ب)او(ج) فسنكون امام ذات الفرضيات السابقة الا ان الحمل يكون لمصلحة (د)او(س) اولهما معا.

وبعيداً عما قيل حول مشروعية الرحم البديل(١٣١) فإن مسألة أثبات النسب في فرضيات الرحم البديل اعلاه تتطلب منا تقسيم هذا المطلب الى فرعين :الاول نتطرق فيه للموقف الفقهي الشرعي والقانوني والثاني نتطرق فيه للموقف التشريعي والقضائي.

الفرع الأول :موقف فقهاء الشريعة والقانون

سنستعرض في هذا الفرع اراء فقهاء وعلماء الشريعة واراء فقهاء القانون معا بغية الفائدة العلمية على خلاف نهجنا في المبحثين السابقين لاسيما ان فقهاء القانون يستمدون ارائهم من فقهاء الشريعة ومن المبادء العامة في القانون والتي لاتتعارض واحكام الشريعة .وان البحث في هذا الموقف يتطلب منا تقسيمه إلى جانبين: الأول أثبات الأبوة في الرحم البديل والثاني اثبات الأمومة في الرحم البديل .

أولاً : أثبات الأبوة في الرحم البديل

لاشك في إن صاحب النطفة لو كان زوجاً لصاحبة البويضة وصاحبة الرحم معا فلا يوجد إشكال في إثبات النسب من جهة الأب ، فهو سيكون اباً للمولود بإتفاق جميع العلماء والفقهاء وبغض النظر عن مشروعية مثل هذه الوسيلة من عدمها فهو أب للمولود لأنه صاحب النطفة وإن هنالك عقد زواج شرعي او قانوني بينه وبين صاحبة البويضة وصاحبة الرحم .لكن الاشكاليات ستثار في باقي الفرضيات الأخرى خصوصاً لو إن صاحبة البويضة هي غير متزوجة أو متزوجة من غير صاحب النطفة أو معتدة من طلاق أو وفاة وهكذا بالنسبة لصاحبة الرحم ،فمن سيكون أبا للمولود هل هو صاحب النطفة أم زوج صاحبة البويضة أم زوج صاحبة لرحم ؟ من خلال أستقراء آراء فقهاء الشريعة والقانون يمكن القول بأن هنالك ثلاثة آراء بهذا الخصوص وهي :

١- الأب هو صاحب النطفة: يذهب جانب من العلماءوالفقهاء(١٣٢)إلى القول بأن الأب هو صاحب النطفة سواء اكان زوجا لصاحبة الرحم او البويضة أم لا وان ذهب البعض الآخر منهم(١٣٣)إلى القول إن الأب هو صاحب النطفة متى كان زوجاً لصاحبة البويضة بل إن البعض منهم ذهب إلى جواز حمل المرأة ببويضة ضرتها وإنتساب الأبن إلى صاحب النطفة (الزوج)شرعاً(١٣٤) .

ويلاحظ على موقف الفقهاء المسلمين انهم كانوا قد تطرقوا إلى هذا الأمر في مؤلفاتهم قبل أكتشاف عمليات التلقيح الصناعي بعقود من الزمن في بعض الاحكام التي تقترب من هذه العملية وتناولوا مسألة النسب فيها ، فالشافعية وإن ذهبوا إلى عدم جواز الاستعانة بالرحم البديل إلا إنهم أثبتوا النسب فيه لصاحب النطفة ولصاحبة البويضة المحترمين حال الأستنزال وحال الإستدخال (التخصيب) (١٣٥) . وهو نفس ما ذهب إليه البجيرمي من الشافعية في حاشيته من نسب المولود إلى السيد (صاحب النطفة) المحترم ولصاحبة البويضة (١٣٦) وقال الشيراملسي بثبوت النسب لصاحب النطفة وصاحبة البويضة المحترمين (١٣٧) .

اما نحن فمتفقون مع اصحاب هذا الاتجاه ونرى ان الاب هو صاحب النطفة بغض النظر عن وجود علاقة تربطه بصاحبة البويضة او الرحم لعدم امكانية القول بارتباط مصير النسب وتوقفه على مشروعية وسيلة الانجاب خاصة وان التلقيح الصناعي ليس من قبيل الزنا ولا يمكن اعطائه نفس الحكم.

٢- الأب هو زوج صاحب البويضة المخصبة: يذهب جانب من الفقهاء والعلماء وهم القائلون بجواز الحمل عن طريق الرحم البديل مطلقاً والقائلون بجواز الحمل عن طريق الرحم البديل للزوجة الأخرى (الضرة)(١٣٨)إلى القول بأن الأب هو زوج صاحبة البويضة وإن لم يكن هو ذاته صاحب النطفة،وقد أستدلوا بقولهم هذا بأدلة نتطرق إليها عند بيان أدلة القائلين بان الأم هي صاحبة البويضة. وما يؤخذ على هذا الأتجاه،برأينا، إنه تطرق لمسألة كون صاحبة البويضة متزوجة فالحق نسب المولود من زوجها ولكن ما هو الحكم لو كانت صاحبة البويضة غير متزوجة أو معتدة من طلاق بائن أو وفاة ؟ ثم ما هو مصير صاحب النطفة ان لم يكن زوجا لصاحبة البويضة خاصة إن له دورا بيولوجيا في تكوين المولود كونه قد تخلق من نطفته لذلك لا نرجح هذا الرأي (١٣٩) .

٣- الأب هو زوج صاحبة الرحم : ذهب جانب من الفقهاء والعلماء وهم القائلون بعدم جواز الحمل عن طريق الرحم البديل مطلقاً والقائلون بعدم الجواز عن طريق الرحم البديل لاجنبية (١٤٠) الى أن أب المولود هو زوج صاحبة الرحم البديل(١٤١)، وأستدلوا بأدلة نتطرق إليها عند بيان أدلة القائلين بان الأم هي صاحبة الرحم . ولكن يؤخذ على هذا الإتجاه،برأينا،إنه تطرق لمسالة كون صاحبة الرحم متزوجة فالحق نسب المولود لزوجها طبقاً لقاعدة (الولد للفراش) ولكن ما هو الحكم لوكانت صاحبة الرحم غير متزوجة أو معتدة من طلاق بائن أو وفاة ؟ ثم ما هو مصير صاحب النطفة ان لم يكن زوجا لصاحبة الرحم البديل خاصة وإن له دورا بيولوجيا كون المولود قد تخلق من نطفته لذلك لا نرجح هذا الرأي ايضا.

٤- ليس للمولود أب مطلقا: يذهب جانب من الفقهاء والعلماء (١٤٢)إلى القول بان التلقيح إذا ما تم بين أجانب أي النطفة من شخص والبويضة من أمرأة والرحم من أخرى ليس يجمعها رابط شرعي فإن المولود ليس لديه ابا شرعيا وان كان صاحب النطفة هو أبا بيولوجي . ونرى ان هذا الري ان كان يستقيم مع فرضيات الرحم البديل بين غير الازواج الا انه لا يستقيم مع الفرضية بين الازواج عندما تكون النطفه من زوج والويضة من زوجته الاولى والرحم من زوجتة الثانية ولايمكن تطبيقه على هذه الفرضية لذا لا نتفق مع هذا الراي.

ثانياً : اثبات الامومة في الرحم البديل

إن مسألة الرحم البديل هي من المسائل التي لا تزال تثير اشكالية في تحديد نسب الأم للمولود خاصة وإن هنالك أمراتين ساهمتا في العملية احداهما قدمت البويضة والأخرى الرحم وأمام هذه الإشكالية يثار التساؤل حول من من هاتين الأمرأتين تعد أما للمولود ؟ ان الإجابة عن مثل هذا التساؤل تكمن في ثلاثة أتجاهات في تحديد النسب:الأول يعتبرالمرأة صاحبة البويضة هي الام والثاني يعتبر المرأة صاحبة الرحم هي الام والثالث يعتبركلاهما الام (١٤٣) وسنبحث كل من هذه الأتجاهات بثلاثة فقرات مستقلة .

١- الأم هي المرأة صاحبة البويضة :

قلنا سابقاً ،بخصوص تحديد نسب الأب،إن هنالك أتجاه وهم القائلون بجواز الحمل لحساب الغير مطلقاً أو القائلون بجوازه بين الأزواج (١٤٤) يرى ان النسب يثبت لصاحبة البويضة المخصبة وزوجها وبالتالي فان الأم لدى اصحاب هذا الأتجاه هي المرأة صاحبة البويضة. واستدلوا بقولهم هذا إلى الحجج والأدلة الاتية :

أ- اهتمام القرآن الكريم بالعوامل البيولوجية كأساس لثبوت النسب وان الأخير يقوم على الحقيقة البيولوجية فالنطفة هي بداية خلق الإنسان وانها أساس تكوينه وهي المسماة بالنطفة الأمشاج وقد ذكر القرآن هذه المسالة في أكثر من آية منها قوله تعالى (خَلَقَ الإِنسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ) (١٤٥)وقوله تعالى(أَكَفَرْتَ بِالَّذِي خَلَقَكَ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ سَوَّاكَ رَجُلاً)(١٤٦) وقوله تعالى(أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُمْنَى)(١٤٧) وغيرها من الآيات الكريمة الأخرى(١٤٨)التي تدل على إن الإنسان خلق من نطفة أي بويضة ملقحة بماء يخرج من بين الصلب والترائب وبعدها تحول أطواراً إلى أن ولد ونشأ مما يدل على إن الولد ينسب لصاحبة البويضة التي خصبت بماء زوجها وفقاً للحقيقة البيولوجية التي ذكرها القرآن (١٤٩) .

ب- إن العلم أثبت ان الجنين بعد زرعه في رحم المرأة المستعارة لا يستفيد منها غير الغذاء فهو إذن أشبه ما يكون بطفل تغذى من غير أمه(١٥٠)وقد رد أصحاب الرأي الثاني (الأم هي صاحبة الرحم) على هذه الحجج والأدلة بالحج الاتية:

أ- إن القول بان أساس ثبوت النسب هي العوامل البيولوجية فقط هوأمر غير مسلم به لأن الشارع الحنيف ونصوص الفقهاء تدل بوضوح إن النسب وإن كان اصله الماء (البويضةوالنطفة) إلا إنه ينبغي ان يكونا محترمين أي معتبرين شرعاً في حالة الأخراج أو في حالة الإستدخال أو فيهما وإلا فإنهما يصبحان هدراً لا حرمة لهما مطلقاً (١٥١) .

ب- إن النسب لا يعتمد على العوامل الوراثية وحدها بل إنه أوسع وأشمل علمياً وشرعياً من ذلك لأن السلوك الوراثي يتاثر أيضاً بالبيئة لأن الطفل قد يحمل كروموسومات المبيض من الأصل الذي أستنبطه ولكن وجوده وتكوينه وتغييره صحياً وجسمياً متأثر بالرحم الذي حمل فيه فالفكرة من الناحية الطبية غير مستغربة أن ينسب هذا المولود للأم التي حملته وولدته ولزوجها (١٥٢) .

ويلاحظ على أصحاب هذا الأتجاه أنهم ربطوا بين زواج صاحبة البويضة وثبوت نسب المولود لها أو بعبارة أدق انهم قالوا أنها هي الأم متى ما كانت متزوجة وإن زوجها هو الأب لهذا المولود. ولكن السؤال الذي يثار هنا ما هو الحكم لو كانت صاحبة الرحم غير متزوجة أو كانت معتدة من وفاة أو طلاق بائن فمن ستكون أمه ؟ومن سيكون اباه ايضا.

٢- الأم هي المراة صاحبة الرحم :

ذهب اصحاب هذا الاتجاه الى القول بان صاحبة الرحم هي الام . وأستدل اصحاب هذا الأتجاه في رأيهم إلى عدة أدلة وحجج اهمها :

أ- هنالك العديد من الآيات الكريمة التي تدل على إن الام هي التي تحمل وتلد وإن التخليق يكون في بطن الأم منها قوله تعالى (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ) (١٥٣)وقوله تعالى(وَاللهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لا تَعْلَمُونَ شَيْئاً)(١٥٤)وقوله تعالى(وَوَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ احساناحَمَلَتْهُ أُمُّهُ وهْناً علىَ وهْنٍ)(١٥٥) ، وقوله تعالى (يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقاً مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلاثٍ)(١٥٣)وقوله تعالى(وَوَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَاناً حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهاً ووضَعَتْهُ كُرْهاً)(١٥٧) وقوله تعالى (وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ) (١٥٨) .

ب- إن القول بأن المرأة صاحبة البويضة هي الأم فيه إفساد لمعنى الأمومة وتعارض مع المعنى المقصود من الأمومة الحقيقية لأن دورها أقتصر على إعطاء بويضة أفرزتها بدون أختيار ولم تكن تعان في سبيل ذلك شيئاً بينما التي عانت مشاق الحمل وما يترتب عليه حتى الولادة تعتبر مجرد مرضعة ، وبهذا المفهوم لمعنى الأمومة نجد إن المرأة التي تبرعت بالحمل هي الأجدر بوصف (الأم) (١٥٩) .

ت- إن الله تعالى وإن سمى غير التي تلد اماً إلا إنه لم ينف عن التي حملت وولدت صفة الأمومة الحقيقية بل أثبتها لها بأسلوب يدل على تخصيصها بها بآية قرآنية وهي قوله تعالى (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ)(١٦٠) وقوله تعالى (لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا)(١٦١) وقوله تعالى (الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلاَّ اللاَّئِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً وَإِنَّ اللهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ)(١٦٢) .

ث- ويذهب البعض إلى إن الولد يتبع في النسب المرأة المتبرعة بالحمل(صاحبة الرحم)وزوجها وليس من اخذت اللقيحة منها(صاحبة الويضة)على أساس قول الرسول(ص)(الولد للفراش وللعاهر الحجر)متى ما حملت امراة ذات زوج بالتلقيح الصناعي فإن حملها يعتبر ابنا للزوج ولزوجته التي حملت به ووضعته ولاعلاقة لصاحب النطفة به(١٦٣)وقدردعلى اصحاب الأتجاه الأول(الأم صاحبة البويضة)على بعض الحجج أعلاه بالحجج الاتية:

أ- إن قوله تعالى (إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلاّ اللاّئِي وَلَدْنَهُمْ) تحدث عن الظهار الذي كان يحدث عند العرب قبل الإسلام ولا يشمل معنى الأمومة وإنه لابد من توجيه الأمة بحيث لا يكون المراد منها حصرالأمومة بالولادة وإلا فإنها ستتعارض مع قوله تعالى (وَأَخَوَاتُكُمْ مِنْ الرَّضَاعَةِ) (١٦٤) .

ب- إن حديث(الولد للفراش وللعاهر الحجر)يحكم كل حالة يكون فيها مصدرالجنين غير مقطوع بها بيقين فاذا حملت زوجة وكان بالامكان أن يكون هذا الحمل من الزوج أو من غيره فان الحمل ،هنا ،ينسب لصاحب الفراش (الزوج) ما لم ينكره (١٦٥) .

ج- ان الاستناد الى حديث(الولد للفراش وللعاهر الحجر)للقول بان المراة التي تبرعت بالحمل هي ام للمولود غير صحيح لسببين هما:

١- ان هذا الحديث يحكم فقط تحديد نسب الولد لجهة الاب لكنه لا يفيد في تحديد نسب الولد لجهة الام(١٦٦).

٢- ان هذا الحديث يحكم نسب الولد في حالة قيام علاقة زوجية صحيحة ومشروعة بين الزوجين فقط ولكن ما هو الحكم لو كانت المرأة التي تبرعت بالحمل ليست متزوجة؟(١٦٧)

ويرى البعض(١٦٨)ان صاحبة الرحم هي التي ستكون اما استنادا لقوله تعالى (ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم) و لايهم بعد ذلك من ان تكون المراة متزوجة ام لا دون الربط بين زوجها وابوة الولد على اعتبار ان الاب هو صاحب النطفة وان لم يكن زوجا لصاحبة الرحم ،اما الاستنادا لحديث الفراش اعلاه فلا يشمل هذا المقام لان الفراش مشروط بالمضاجعة مع الزوجة والا لم تكن فراشا(١٦٩).

ثالثاً : الام هما المراتان صاحبتا البويضة والرحم معا

يذهب أصحاب هذا الإتجاه (١٧٠) إلى القول إن للمولود (أمين)الأولى أمه الأصلية (البيولوجية)وهي صاحبة البويضة والثانية أمه الحاضنة وهي صاحبة الرحم. ويترتب على هذا القول أن ما يحرم بالرضاعة يحرم بالرحم البديل لأن العمليتين متساويتين. وإن ذهب جانب من أصحاب هذا الإتجاه إلى القول بان المرأة بقبولها زرع الجنين في رحمها يعتبر ذلك إقراراً ضمنيا بأمومتها له ويثبت نسب المولود منها بالولادة ولا تشاركها في هذا النسب امرة أخرى ولا ينفك النسب بعد ثبوته ولا ينفى (١٧١) .

ونرى إن أصحاب هذا الأتجاه هم الأصوب والأحق بالأخذ ، ذلك أن كلا المراتين تعدان أما للمولود لأنهما ساهمتان في تكوينه فالأولى ساهمت بيولوجياً والثانية كانت وعاء الحمل وبالتالي نرى إن الأولى (صاحبة البويضة) تكون أما بيولوجية للمولود والثانية(صاحبة الرحم) تكون أما رحمية بحكم الأم الرضاعية مع كل ما يترتب على ذلك من آثار .

الفرع الثاني :الموقف التشريعي والقضائي

سنتناول هذا الموضوع من ثلاثة جوانب:الأول نخصصه لموقف التشريعات المقارنة والثاني لموقف القضاء المقارن والثالث لحكم النسب في ضوء القواعد العامة في التشريع العراقي .

أولاً : موقف التشريعات المقارنة

إن عمليات الحمل البديل هي أكثر إنتشاراً في الدول الغربية لذا ذهبت بعض تشريعات تلك الدول الى تنظيم هذه العمليات سواء بالحظر أوالإباحة، والدول التي أجازت هذه العمليات منها من نظمت مسالة النسب بنص قانوني ومنها من لم ينظمه. فالمشرع الإنكليزي في القانون الصادر عام ١٩٨٥ والمعدل بالقانون الصادر في ١٩٩٠/١١/١ قد أجاز للقضاء أعتبار المولود الذي يلد نتيجة الرحم البديل كأنه من زواج عادي ويجوز نسبته إلى الزوج الجديد متى وافق عليه دون نسبته إلى أبيه الحقيقي(١٧٢). ومن القوانين من اقرت النسب ضمناً تبعاً لإقرار مشروعية الرحم البديل كالقانون الألماني الصادر في١٩٨٩/١١/٢٧ والمعدل بالقانون الصادر في ١٩٩٠/١٢/٣الذي اعتبر إن الأم هي المرأة الحامل وليست صاحبة البويضة الملقحة بل أجاز للزوجين أوالصديقين تلقي بويضة يتم زرعها في رحم الزوجة أو الغير أو الصديقة (١٧٣).والقانون الأسباني رقم(٣٥) لسنة ١٩٨٨ الذي أجاز الرحم البديل لأي شخص وباي شكل والمشرع السويدي في القانون المرقم(٧١١) لسنة ١٩٨٨ والقانون المرقم (١١٥)لسنة ١٩٩١ الذين أباحا الرحم البديل سواء ين الزوجين أو الأصدقاء شرط أن يكون مجاناً وبرضا الزوجين أو الصديقين الكتابي (١٧٤) وهذا يعني ضمناً إقرار نسب المولود لهذين الزوجين أوالصديقين وفق القانونين الالماني والسويدي ، أما المشرع الفرنسي في القانون الصادر في ١٩٩٤/٧/٢٩ والمشرع الإيطالي في القانون الصادر عام ٢٠٠٤ قد منعا الرحم البديل ولكن هذا لا يمنع من القول بإمكانية

الالتفاف(الأحتيال)على نصوص هذين القانونين فيما يخص النسب والأعتراف ببنوة المولود عن طريق وسائل الإثبات الأخرى كالفراش أو الإقرار إذا ما توافرت شروطها القانونية.
أما الدول العربية فهي وإن أغفلت هذا الأمر ربما لعدم حصوله في تلك الدول الا انه يمكن القول،من وجهة نظرنا، بعدم مشروعية الحمل البديل لمخالفته للقواعد العامة والنظام لعام ولكن هذا لا يمنع من القول من وجهة نظرنا بإمكانية نسب المولود من الرحم البديل للزوجين (صاحب النطفة وصاحبة البويضة) من خلال أستغلال النصوص القانونية فيما يتعلق بالنسب عن طريق اثباته اما بفراش الزوجية اوبالإقرار أوبالبينة متى تحققت شرائطها وعلى نحو ما سنوضحه في القانون العراقي باعتباره كنموذج للبلدان التي تأخذ بالشريعة الإسلامية كاساس لها في قانون الأحوال الشخصية بشكل عام ونموذج للبلدان العربية بشكل خاص.

ثانياً :موقف القضاء المقارن

في قضايا قليلة نجد إن القضاء في بعض الدول الغربية قد تطرق إلى مسالة النسب في الرحم البديل .
ففي بريطانيا ذهب القضاء عام ١٩٨٤ إلى إقرار الإتفاق المبرم بخصوص حمل طفل لصالح زوجين بعد أن امتنعت المرأة الحامل من اعطائها المولود بعد ولادته ومن ثم أمر بالزام صاحبة الرحم البديل بتسلم الطفل الذي حملت به لصالح الزوجين وإصطحابه معهما خارج البلاد (١٧٥) .
وكذلك فعل القضاء الأمريكي حيث أصدرت محكمة كاليفورنياعام١٩٩٣ قراراً أباحت بموجبه الحمل لحساب الغير وأحقية الزوجين صاحبي النطفة والرحم بالطفل وعدم أحقية الأم الحامل في الأحتفاظ بهذا الطفل(١٧٦)، وفي قضية أخرى أعتبر القضاء الأمريكي إن المولودة من تقنية أطفال الأنابيب تعتبر طفلة من دون أهل شرعيين في قراراً أصدرته محكمة كالفورنيا عام١٩٩٤والذي أعتبرت فيه هذه المحكمة إن الأم الحاضنة ليست مؤهلة لان تكون الأم الشرعية وأيدت طلب زوجها السابق معتبرة أياه ليس ملزماً بدفع اي نفقة للأم الحاضنة ورغم أن هذه المحكمة قد عللت قرارها إن هنالك قصوراً تشريعياً في مجال الوضع القانوني للوالدات(الحاملات) بالتعاقد في أمريكا لعدم وجود أي تشريع اتحادي في هذا المجال وإن بعض الولايات الأمريكية تعتبرأن العقود بين الوالدات (الحاملات)وبين(الأبوين)لا قيمة قانونية لها بينما تعتد ولايات أخرى بهذه الطريقة للإنجاب شرط الإتتقاضى(الحامل)أي إجر او مكافأة وعندما يولد الطفل يجب أن يعترف به والده الطبيعي (أي صاحب النطفة)وإن تتبناه(أمه)على أن تتخلى الأم التي حملته وأنجبته عن حقوقها غير إن مشكلة الطفلة (جايسي) في هذه القضية إنها خلقت من نطفة وبويضة لمجهولين فلا أهل طبيعيين معروفين لها وهو ما يعقد ايضاً السير قدماً في قضية التبني لانه عند اللجوء إلى المحاكم فإن العلاقة العضوية هي التي تكسب الدعوى (١٧٧) .
كما إن هنالك بعض الأحكام للقضاء الفرنسي نجد فيها معارضة لهذه الصورة.فقد قضت محكمة باريس الأبتدائية في حكم صادر عنها بتاريخ١٢/٧/ ١٩٨٩بعدم احقية الزوجة في تبني طفل زوجها الذي حملت به ووضعته اخرى لحسابها وإستندت في حكمها إلى إن الطفل ولد عن طريق إتفاق بين الزوجين (الفرنسيين) والأم البديلة (الأمريكية) التي ولدته وهو ما يخالف النظام العام كما وانه ينطوي على تحايل على قانون التبني (١٧٨) .

ثالثاً- حكم النسب في ضوء القواعد العامة في التشريع العراقي

إن الأمر في التشريع العراقي لا يختلف عن بقية القوانين العربية الاخرى في عدم تنظيم احكام الرحم البديل في قانون خاص وان البحث في مسالة النسب بغض النظر عن المشروعية يتطلب بيان القواعد العامة لاثبات النسب في التشريع العراقي وتطبيقها على هذه الصورة وفرضياتها.فنرى بالنسبة إلى تحديد أب المولود من تقنيات للرحم البديل فلا أشكال في القانون العراقي إذا ما كان صاحب النطفة هو زوجاً لصاحبة البويضة وصاحبة الرحم البديل لأن قاعدة (الولد للفراش) والتي أشارت إليهام (٥١) من قانون الأحوال الشخصية متوافرة شرط ان يمضي بين عقد الزواج وبين الولادة أقل مدة الحمل (١٧٩)ولا داعي لإثباته بالإقرار.
غير إن المشكلة ستظهر في الفرضيات الأخرى لرحم البديل فلو كان صاحب النطفة غير متزوج اصلا فهنا لا يمكن تطبيق أحكام م (٥١) اعلاه لعدم وجود فراش الزوجية وإذا ما قلنا بأن صاحب النطفة بإمكانه الإقرار ببنوة الولود من الرحم البديل استناداً للمادة(١/٥٢)من قانون الأحوال الشخصية إلا إن الواقع العملي يجعل من هذا الإقرار غير مقبول كونه غير متزوج وبالتالي لا يمكن الحاق نسبه الى مولود بدون رابطة زوجية من أمرأة وكيف سيتم تسجيل المولود في سجلات الاحوال المدنية اذا لم يكن اباه متزوجا.

اما لو كان صاحب النطفة هو زوج صاحبة البويضة فقط و قامت صاحبة الرحم بتسليم المولود لصاحبة البويضة وزوجها فأن الزوجين يستطيعان إلحاق نسب المولود لهما إستناداً لقاعدة الفراش وفق م (٥١) من قانون ألاحوال شخصية ولا داعي للإقرار بالنسب. وكذلك الأمر بالنسبة لصاحبة الرحم وزوجها عندما يتنازل صاحب النطفة وصاحبة البويضة عن المولود لهما فيمكن اللجوء إلى قرينة فراش الزوجية م (٥١)من قانون الاحوال شخصية إذا ما توافر شروطها وان كان الأمر لا يخلو من احتيال على النصوص القانونية او مخالفة للقانون لان إلاقرار بنسب المولود من شخص ليس بابيه الحقيقي والشرعي يعد من قبيل تضليل العدالة المعاقب عليه خاصة وإن زوج صاحبة الرحم ليس الأب الحقيقي للمولود إلا إنه يستفيد من قرينة فراش الزوجية ولكن بإمكانه أن ينكر نسب المولود منه عن طريق اللعان إذا ما اراد ذلك .

أما مسالة أثبات نسب المولود لأمه في الرحم البديل فهي وإن كانت في فرضية العلاقة الزوجية بين صاحب النطفة وصاحبتي البويضة والرحم البديل قد تكون أقل وطاة لوكان هنالك اتفاق بين الضرتين وزوجهما على الحاق نسب الأمومة اما للزوجة صاحبة الرحم البديل أوالزوجة صاحبة البويضة(١٨٠) ، غير إن الأمر سيؤدي إلى أشكاليات في حالة نشوب نزاع على المولود بين الضرتين فمن ستكون أمه القانونية ؟ وكذلك لو لم تكن هنالك علاقة زوجية بين صاحب النطفة وصاحبتي البويضة أو الرحم البديل فان قاعدة(الولد للفراش)لا يمكن اللجوء إليها بالنسبة لصاحبة البويضة بل ستثبت لصاحبة الرحم البديل وكذلك لو كانتا(صاحبة البويضة والحرحم البديل)غير متزوجتين،أما إمكانية اثبات نسب الأم عن طريق الفراش فلا يمكن ذلك لما تقدم من اسباب، أما الاقرار بنسب الأمومة أما من قبل صاحبة البويضة أوصاحبة الرحم البديل فعلى فرض أنهن غير متزوجتان فإن الاقرار بالأمومة وان كان ممكن من الناحية النظرية وفق المادة م (١/٥٢)من قانون الاحوال الشخصية إلا إن التطبيق العملي لها سيجعل من عدم الزواج حائلاً لإثبات نسب الأمومة وكذلك عدم إمكانية تسجيله لدى دائرة الأحوال المدنية المختصة وان كانتا متزوجتان فان قرينة الأمومة ستثبت لهن طبقاً لقاعدة الولد للفراش خاصة لو كان هنالك أتفاق على أن المولود لصاحبة البويضة أو لصاحبة الرحم البديل وعند الخلاف فإننا نرى ان المرجح قانوناً الحاقه بصاحبة الرحم كونها الأم القانونية(١٨١)وإن كان الأمر سيصطدم بأحكام الفقرة م(٢/٥٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي أشارت إلى إنه لو كان المقر أمرأة متزوجة أو معتدة فلا يثبت الولد من زوجها إلا بتصديقه أو بالبينة وهذا يعني لابد من تصديق الزوج لها لالحاقه به وإلا ليس لديها طريق سوى إثبات الأمومة بالبينة الشخصية المعتبرة قانوناً وإلا أستحال ذلك .

ولكن لو كان هنالك إقرار صريح بأن النطفة من شخص وإن البويضة من زوجته (ب) وإن صاحبة الرحم هي ألمرأة (ج) فستكون أمام إشكالية في إثبات النسب بالأبوة والأمومة لان صاحبة البويضة لا يمكن عدها أما وإن إنعدمت العلاقة الزوجية بين صاحبة الرحم وصاحب النطفة سينعدم أثبات نسب الأبوة وينتفى نسب الأمومه لصاحبة الرحم والتي ولدت المولود وليس أمامها سوى إقرار زوجها أو البينة الشخصية غير إن الأخيرة تفقد قيمتها ،من وجهة نظرنا،كون المولود من نطفة زوج صاحب الرحم فهل سيكون للمولود او بدون أب ؟ وهو ما يرفضه العقل والمنطق .وعموماً فإن ما ذكرناه أعلاه هو أستنتاجنا من الأحكام العامة للنسب وإن كنا نرى ضرورة تشريع قانون خاص بالتلقيح الصناعي أو تعديل أحكام النسب في قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ بالإشارة إلى تحريم صورة الرحم البديل خارج نطاق العلاقة الزوجية سواء اكانوا غير متزوجين أم متزوجين من الغير وإثبات النسب فقط في فرضية واحدة هي ان يكون صاحب النطفة هو زوجا لصاحبتي البويضة والرحم شرط الموافقة الكتابية لهن على اجراء هذه العملية وأعتبار صاحبتي البويضة والرحم والدتان للمولود وصاحب البويضة هو الوالد مع كل ما يترتب على ذلك من آثار.

المطلب الثاني

إثبات النسب في الرحم البديل غير الآدمي

والرحم غير الآدمي أما أن يكون رحما حيوانيا أو يكون رحما صناعيا. وسنتناول كل منهما في فرعين: نتطرق في الأول لإثبات النسب في الرحم الحيواني والثاني لإثبات النسب في الرحم الصناعي.

الفرع الأول : أثبات النسب في الرحم الحيواني

إن مسألة الرحم الحيواني هي من المسائل التي أثيرت منذ منتصف الثمانينيات وزاد صيتها في تسعينيات القرن الماضي وإن لم يكن لمثل هذه الفرضية ،على حد علمنا،أي نجاح أو إعلان رسمي لولادة تمت عن طريق رحم حيواني،ومع أتفاقنا مع كل من ذهب إلى معارضة مثل هذه العمليات وتحريمها و التي تجري عن طريق تلقيح

نطفة من رجل (سنرمز له (أ))ببويضة امراة(سنرمز لها(ب))ثم زرع القيحة في رحم حيواني (كالقرد) ثم إن هنالك قلة من فقهاء وعلماء الشريعة من تطرق الى هذه المسألة ثم إن هذه الصورة تتفرع عنها فرضيات يمكن أدراجها في الحالات الاتية :

١- أن يكون (ا) زوجا ل(ب) والرحم حيواني .
٢- أن يكون(أ) اعزب و(ب) عزباء او مطلقة او ارملة والرحم حيواني .
٣- أن يكون (أ) متزوج من الغير و(ب) عزباء أومطلقة او ارملة.
٤- ان يكون (أ)متزوج من الغير و(ب)متزوجة من الغيراو معتدة منطلاق رجعي والرحم حيواني.
٥- ان يكون (أ)رحما محرما ل(ب)والرحم حيواني.
٦- أن يكون (أ)و(ب) مجهولا الهوية أحدهما أو كلاهما والرحم حيواني.
٧- أن يكون طالب التلقيح هو غير(أ)و(ب) ولرحم حيواني.

ولا شك إننا مع القول بعدم جواز التلقيح عن طريق الرحم الحيواني وأعتبار ذلك جريمة معاقب عليها شرعا وقانونا وضرورة النص على تحريمها قانوناً في العراق،إلا إننا سنتناول حكم نسب المولود لو كتب لمثل هذه الصورة النجاح أو أجريت رغم القول بعدم جوازها،الأمرالذي يتطلب منا التطرق إلى فقرتين:الأولى الموقف الشرعي والثاني الموقف التشريعي .

أولاً : الموقف الشرعي

يذهب البعض(١٨٢) إلى التمييز بين صورالتلقيح الصناعي القائمة على الرحم الحيواني ويرى بأن النطفة لو كانت لزوج والبويضة لزوجتةوالرحم لحيوان فإن الأب سيكون صاحب النطفة والأم صاحبة البويضة ولا يكون للمرأة طالبة التلقيح أوالتي تدفع المال أي أرتباط بالمولود لأنها لا صاحبة بويضة ولا حمل،أما إذا كانت النطفة من رجل غير متزوج والبويضة من طالبة التلقيح والرحم حيواني فمع المحذورالمتمثل في إجتماع بويضة ونطفة لاجنبيين غير حليليين فإن صاحبة البويضة هي الأم وصاحب النطفة هوالأب،أما إذا كانت النطفة من رجل غير متزوج والبويضة من أمرأة غير متزوجة والرحم حيواني فمع المحذور أعلاه فإن الأب هو صاحب النطفة والأم صاحبة البويضة من دون أن يكونا مشمولين باحكام الزوجين ، أما إذا كانت المرأة في الصورة السابقة مجهولة الهوية فإن الأب هو صاحبة النطفة والأم مفقودة فيترتب عليه الحكم من جانب الأب فقط أما إذا كان كلاهما مجهول الهوية فليس للمولود أب ولا أم ولا عشيرة من طرف أمه ولا أبيه أما طالب اوطالبة التلقيح فلا يكون أباً أو أماً للمولود مع كل ما يترتب على ذلك من مفاسد أخلاقية أو إجتماعية ويرى آخر أن(١٨٣)البويضة لو خصبت بنطفة الزوج وزرعت في رحم حيواني فهي جاهزة لتحقق الإنتساب من ناحية البويضة عرفاً وشرعاً بل ويرى إن الأم ستكون الحيوان صاحب الرحم والتي أنجبت المولود على الرأي القائل بأن الأم(١٨٤)هي صاحبة الرحم وصاحبة البويضة هي الأم على الرأي الذي يرى إنها الأم (١٨٥).ويذهب البعض الى القول بأن التلقيح الصناعي في رحم الحيوان يتنافى مع الكرامة الانسانية ولا يبررها اية فوائد قد يزعم امكان تحققها من هذه التجربة(١٨٦).

ثانياً :الموقف التشريعي

لاشك في إنه لا يوجد قانون ،على حد علمنا،يجيزأن يكون الرحم البديل رحما حيوانيا تزرع فيه بويضة إنسانية ملقحة لما يشكل ذلك من أمتهان لكرامة الإنسان حتى وإن لم يوجد نص صريح إلا إن مجرد الفكرة توحي بالتحريم بل والتجريم.كما وان هنالك تشريعات لبعض الدول جرمت صراحة الرحم الحيواني وعاقبت كل من يقوم بمثل هذه العمليات.فذهب المشرع الإنكليزي في القانون رقم(٣٧) لسنة ١٩٩٠ إلى حظر أية عملية زرع لبويضة إنسانية في رحم حيواني وأشارالمشرع السويسري في القانون الصادر في ١٨أكتوبرعام ١٩٩٠ والمتعلق بأبحاث طب الإنجاب الإنساني م (٨) إلى عدم جواز إجراء الأبحاث والتجارب على البويضات المخصبة أو الأجنة في الأرحام أو أي جزء منها وإلى منع إجراء البحث أو التجربة بغية تكوين كائن مخلق من الإنسان والحيوان (١٨٧) .

وفي ألمانيا صدر قانون في عام ١٩٩٠ تعلق بحماية البويضة المخصبة من أخطار البحث العلمي وحذر في م (٦) منه من خلق نسل مختلط من إنسان وحيوان ووضع عقوبة لمخالفة هذه الأحكام تصل إلى السجن خمسة سنوات أو الغرامة (١٨٨) .

ويثار التساؤل حول إثبات النسب للمولود بالرغم من القول بعدم جواز مثل هذه العملية؟

ولا شك في إن هذه الصورة هي من الاشكاليات التي تثار خاصة أمام سكوت معظم قوانين دول العالم عن التطرق إليها، ولكن ماهو مصير المولود الذي لا ذنب له سوى انها ضحية شهوة أورغبة أشخاص في الإنجاب عن طريق هذه الصورة لو كتب لها النجاح ؟

لو رجعنا إلى أحكام القانون العراقي والمصري والكويتي وأي قانون آخر يتفق مع أتجاههم في إثبات النسب وفق قاعدة فراش الزوجية نرى إنه لا يمكن إثبات النسب من جهة الأب وفقا لهذه القاعدة لأن الزوجة لم تلد المولود ثم هي الأخرى ستقع أما إشكالية أخرى تتمثل بكونها لم تلد المولود فلن تكون أمه رغم إنها صاحبة البويضة ثم إن المسألة ستزداد إشكالية إذا ما كان صاحب النطفة ليس زوجاً لصاحبة البويضة فهنا لن يكون للمولود وفق القانون أباً ولا أما ، ولكن إذا ما تمت العملية بين زوجين نرى،ومن باب التحايل على القانون،امكانية إلحاق نسب المولود بالزوجين (صاحب النطفة وصاحبة البويضة) على أعتبار أنهما أنجبا المولود وفق قاعدة فراش الزوجية إذا ما تحققت شرائطها أو يمكن للزوج أو للزوجة الإقرار بنسب المولود ومصادقة الآخر له لكن الأمر مختلف تماماً فيما إذا كان أطراف العملية ليس بينهما عقد زواج(شرعي أو قانوني) لذا نرى ضرورة النص في القانون العراقي على تحريم مثل هذه الصور ومعاقبة القائمين عليها من أطباءأومساعديهم أومانح النطفة أوالبويضة أومن حرضهم على ذلك أو ساعدهم بأية وسيلة كانت مع الإشارة إلى إلحاق المولود إلى صاحب النطفة وصاحبة البويضة إن كانا زوجين وإلى صاحبة البويضة إن لم يكونا زوجين مع كل ما يترتب على ذلك من آثار .

الفرع الثاني :إثبات النسب في الرحم الصناعي

يختلف الرحم الصناعي عن الرحم الحيواني في إن الأخيرهو رحم طبيعي وإن كان لحيوان ثدي بخلاف الرحم الصناعي الذي هو من قبيل الجماد أو أنبوب الأختبار .

ووفق هذه الصورة فإن البويضة الملقحة لا يتم زرعها داخل رحم أمرأة وإنما تظل داخل أنبوب أختبار لتنمو حتى يبلغ فيها الطفل حداً من النمو يستطيع معه الأعتماد على نفسه في أستمرار الحياة . وهذه الصورة لا تزال مجرد إفتراض نظري حيث لم ينجح العلماء حتى الآن في ولادة طفل بهذه الصورة إلا إن التجارب لا تزال مستمرة حيث يأمل العلماء في نجاح هذه التجارب وإن ذهب البعض إلى عدم تصور حدوث ذلك عملياً لأن الثديات التي منها الإنسان تتميز بأن نموالبويضة الملقحة لا يتم إلا داخل جسد الأنثى وبالذات الرحم حتى يبلغ مداه الذي قدره الله له إضافة إلى إن الرحم مخلوق أصلاً لأستقبال ورعاية الجنين (١٨٩) .

والاشكالية التي يمكن أن تثار هنا هي مسألة إثبات نسب المولود من هذه الصورة ؟

لا شك إن كل ما قيل من فرضيات وآراء بخصوص الرحم الحيواني ينطبق على الرحم الصناعي فالفرضيات التي أستعرضناها سابقاً بخصوص الرحم الحيواني تنطبق ذاتها على الرحم الصناعي كما وإن ما قيل من بعض علماء الشريعة (١٩٠) وفقهاؤها من كلام بخصوص إثبات نسب المولود في الرحم الحيواني ينطبق نفسه على الرحم الصناعي بل إن هؤلاء يتناولون بالحكم كلا المسألتين في حكما واحد دون تفريق ولذا نحيل مسالة النسب في هذه الصورة الى ما قلناه في صورة الرحم الحيواني منعا من التكرار.

ورغم ذلك يذهب بعض فقهاءالشريعة(١٩١)إلى جواز مثل هذه الصورة شرعاً متى لقحت بويضة الزوجة بنطفة الزوج ويؤيد البعض(١٩٢)ذلك أيضاً إلا إنه يعارض هذه الصورة ويرفضها ليس لكونها غير مشروعة وإنما لما يترتب عليها من مشكلة كبيرة تتعلق بنسب الطفل حيث يتسائل لمن سينسب هذا الطفل ؟ أينسب لصاحب النطفة أم للزوجة التي لم تنجب على فراش الزوجية ؟ الا انه ينفي نسبه من الأب صاحب النطفه والأم صاحبة البويضة ويرى إنه أيضاً لا ينسب إلى أي أمرأة لأنه لم يحمل بواسطة أمرأة وما سيرافق ذلك من أضرار نفسية وإجتماعية عدة تلحق بالطفل.أما نحن فنرى عدم جواز مثل هذه الصورة بغض النظر عن امكانية حدوثها بالفعل من عدمه ونرى إن الأب سيكون هو صاحب النطفة وإن الأ هي صاحبة البويضة.

ويذهب البعض الاخر الى القول انه لو لقحت نطفة رجل في رحم صناعية وحصل مولودان (ذكر و انثى)فانهما يكونان اخا واختا لاب ولا ام لهما ولا يجوز النكاح بينهما ولا من يحرم نكاحه من قبل الاب ولو تولد ذكر وانثى من نطفة صناعية ورحم صناعية فالظاهر انه لا نسبة بينهما في تزويج احدهما الاخر ولا توارث بينهما (١٩٣).

أما قانوناً فإن القانون لايكترث بما هو في علم الغيب لذا نجد ان القوانين الوضعية اغفلت الاشارة الى هذه الصورة المفترضة من التلقيح الصناعي أما موقف القانون العراقي فنرى انه نفس ما قلناه فيما يخص الرحم الحيواني نقوله هنا ولا داعي للتكرار .

الخاتمة :

بعد أستعراض بحثنا الموسوم(اشكاليات اثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي)امكن التوصل الى أهم النتائج والمقترحات الاتية:

أولاً : النتائج

١- التلقيح الصناعي أما أن يكون داخلياً أو خارجياً (أطفال الأنابيب) وهو بنوعيه أما أن يتم بين زوجين وأثناء العلاقة الزوجية أو بعدها أوأن يتم خارج إطار العلاقة الزوجية وفي كلا الأحوال أما أن يتم أستخدام رحم صاحبة البويضة ذاتها أو رحم أمرأة أخرى .

٢- غالبية فقهاء وعلماء الشريعة الإسلامية على أختلاف مذاهبهم أجازوا عمليات التلقيح الصناعي الواقعة بين الزوجين ورتبوا آثار النسب بين المولود وأبويه .

٣- مع ذهاب الغالبية من هؤلاء الفقهاء والعلماء إلى عدم جواز التلقيح بعد إنتهاء العلاقة الزوجية بالوفاة اوالأنفصال أو خارج إطار هذه العلاقة الزوجية إلا إن بعضهم أثبت نسب الابوة للمولود إلى صاحب النطفة بينما رأى آخرون إلحاقه بزوج صاحبة الرحم او زوج صاحبة البويضةومنهم من رتب أحكام الزنا والتبني ومن هم من رتب أحكام اللقيط .

٤- بخصوص الرحم البديل الآدمي مع ذهاب بعض الفقهاء والعلماء إلى عدم جوازها وإن وقعت بين زوج وضرتين وذهاب البعض الآخر الى جوازها بين الزوج وضرتين إلا إنهم أختلفوا في تحديد الأم مع أتفاق معظمهم على إن الزوج هو الأب فمنهم من رأي إن الأم هي صاحبة الرحم وآخرون رأوا إنها صاحبة البويضة ، أما في الرحم البديل غير الآدمي (الحيواني أو الصناعي) فإن من تطرق إلى هذه المسألة وأفتى بتحريمها بالنسبة للرحم الحيواني وأجازها بالنسبة للرحم الصناعي قال بأن الأب سيكون هو صاحب النطفة والأم صاحبة البويضة

٥- فقهاء القانون لا يختلفون كثيراً عما قاله علماء وفقهاء الشريعة وإن أستند معظمهم في بيان النسب إلى آراء هؤلاء العلماء والفقهاء .

٦- القوانين الوضعية الغربية تطرق بعضها إلى أحكام التلقيح الصناعي بنوعيه(الخارجي والداخلي)وفي مختلف صورها حيث اشارت بعض هذه القوانين الى حظر وتجريم بعض صورها وتنظيم احكام النسب فيها سواء صراحة او ضمنا واشاربعضها صراحة أوضمنا الى عدم جواز أستعمال الرحم الحيواني في عمليات الإنجاب الصناعي البديل وهو ما لمسناه في أحكام قرارات القضاء لبعض الدول تبعاً للموقف القانوني .

٧- إن القوانين العربية عموماًوالقانون العراقي خصوصاً يقترب موقفه كثيرا من آراء وفقهاء الشريعة طبقا للقواعدالعامة في مشروعيته صور التلقيح وإثبات النسب فيها لعدم وجود قانون خاص ينظم مثل هذه العمليات .

٨- من تطبيق الا حكام والقواعد العامة في التشريع العراقي يتبين لنا ان صورة التلقيح الصناعي بين الازواج هي جائزة وفق الاصول ويثبت بها النسب اما صورة التلقيح الواقعة بعد الطلاق البائن او وفاة الزوج فهي وان كانت غير جائزة الا انه يمكن التحايل على النصوص القانونية لاسيما اذا ما تمت العملية والانجاب بما لا يزيد عن اقصى مدة الحمل الا ان هذه القرينة قابلة لاثبات العكس اما الصور الاخرى من التلقيح سواء بين غير الزوجين او باستعمال رحم الغيراوالرحم الحيواني اوالصناعي فهنا وان كانت غيرجائزة وفقا للقواعد العامة الا ان مسالة اثبات النسب يمكن القول بها امام القصورالتشريعي في تنظيم احكام النسب في القانون العراقي .

ثانياً : المقترحات

١- تقريب آراء فقهاء وعلماء الشريعة الإسلامية أو توحيدها بخصوص عمليات التلقيح الصناعي ليكون بمثابة أجماع بخصوص هذه القضية مع ضرورة التزام الدول الإسلامية عموما والعربية خصوصا بتلك الآراء و تشريعها بقوانين خاصة .

٢- مراجعة الأطباء المختصين بعمليات التلقيح الصناعي والأزواج الراغبين في أجراء مثل هذه العمليات لمراجعهم وعلمائهم بغية أخذ الفتوى المسبقة بجواز مثل هذه العمليات من عدمها.

٣- تشريع قانون خاص في العراق ينظم عمليات الإنجاب الصناعي والأبحاث على الجين البشري ينظم من بين أحكامه عمليات التلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي مع الإشارة فيه إلى تحريم كافة صور التلقيح الجارية خارج إطار العلاقة الزوجية أو الواقعة بعد وفاة الزوج أو الإنفصال بين الزوجين أو الرحم البديل الادمي ام غير الادمي (الحيواني أو الصناعي) .

٤- الإشارة في القانون المقترح أعلاه إلى مسألة نسب المولود بالأستناد إلى آراء غالبية فقهاء وعلماء الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى معالجة واضحة لمسألة المولود من تلقيح صناعي خارج إطار العلاقة الزوجية بإلحاقه بصاحب النطفة والتلقيح الواقع بعد وفاة الزوج أوالإنفصال مع ضرورة إلحاقه بالزوج صاحب النطفة والأم صاحبة البويضة والرحم ومسألة الرحم الادمي البديل بجعل الام هما صاحبتا البويضة والرحم.

٥- نرى ضرورة تعديل احكام قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ فيما يخص النسب باضافة عبارة ان يكون التلاقي الحقيقي اوالحكمي بين الزوجين ممكناً وتحديد اقصى مدة للحمل كي تستطيع المطلقة او المعتدة من وفاة اثبات نسب مولودها وكذلك بيان احكام اثبات النسب في كل فرضيات التلقيح الصناعي سواء في تشريع خاص اوفي قانون الاحوال الشخصية النافذوذلك حفاظاً على سمعةوكرامةوحقوق المولود عن طريق هذه التقنية.

٦- نرى ضرورة النص في القانون العراقي على تحريم صورالرحم البديل غير الادمي (الحيواني والصناعي) ومعاقبة القائمين بهذه العمليات من أطباءأومساعديهم أومانح النطفة أوالبويضة أومن حرضهم على ذلك أو ساعدهم بأية وسيلة كانت مع الإشارة إلى إلحاق المولود إلى صاحب النطفة وصاحبة البويضة إن كانا زوجين وإلى صاحبة البويضة إن لم يكونا زوجين مع كل ما يترتب على ذلك من آثار .

٧- وفي الأحوال التي يثبت فيها النسب سواء من جهة الأب أو الأم فإن ذلك يترتب عليه جميع أحكام النسب من نفقة وميراث ومحرمات ...الخ .

الهوامش :

١) التلقيح الصناعي هو عبارة عن عملية أو وسيلة تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوان المنوي من الزوج أو من غيره إلى العضو التناسلي للزوجة وذلك بغير الاتصال الجنسي المعروف وهو ما يميزه عن الاتصال الجنسي الطبيعي والمألوف عند البشرية منذ النشأة الأولى،وعليه فأننا سنكون في تقنية التلقيح الصناعي أمام تكاثر بدون اتصال جنسي مباشر بل عن طريق حقن نطفة الزوج ببويضة الزوجة وفق عملية طبية . ينظر : مصطفى الزرقا ، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب والرأي الشرعي ، مطبعة دمشق،بدون سنة طبع،ص٢٢ .

٢) وينقسم التلقيح الصناعي بدوره إلى نوعين الأول يسمى بالتلقيح الصناعي الداخلي والثاني يسمى التلقيح الصناعي الخارجي . ويعرف التلقيح الصناعي الداخلي بأنه التلقيح الذي يتم من خلاله حقن ماء الزوج أو غيره داخل رحم الزوجة أي أن يتم التقاء النطفة بالبويضة داخل الجسم ولذلك سمي بالتلقيح الداخلي . أما التلقيح الصناعي الخارجي فهو الذي يتم خارج الجسم أي إن التلقيح أو الإخصاب يتم خارج الرحم في الأنابيب فالتقاء البويضة مع الحيوان المنوي يتم خارج الرحم ثم بعد ذلك تعاد البويضة الملقحة خارجياً أو المخصبة إلى داخل الرحم ويسمى أيضاً بتقنية أطفال الأنابيب . ينظر : د. أميره عدلي أمير عيسى خالد ، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط١ ، ٢٠٠٥ ، ص٦٦ .

٣) للنسب ثلاثة أطراف وأربعة حقوق فأطراف النسب هم كل من الأب وألام والولد ، أما حقوق النسب فهي حق الله تعالى وحق الأب وحق الأم وحق الولد . وأساس ثبوت النسب أما ان تكون على أساس النسب الطبيعي أوعلى أساس النسب الشرعي.أما أسباب النسب فهي أما الزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة أو بناءاً على ملك اليمين ينظر:د.أحمد حلمي مصطفى،أحكام النسب فقهاًوقضاءً،ط٢،بدون ذكراسم مطبعة،٢٠٠٦ص٣٠–٣٧

٤) غير إن المطلع على أمهات الكتب الفقهية يجد إن مثل هذه الصورة لم تغب عن مخيلة الفقهاء ورجال الدين آنذاك لأنها تشبه ما قرروه من إن الإخصاب كما يكون بالوطء المباشر يكون كذلك بما معناه من أستدخال النطفة موضع التناسل والطفل الذي يأتي ثمرة هذا الأستدخال هو أبن شرعي لوالديه وقد توافرت له شروط النسب . ينظر : د. شوقي زكريا الصالحي ، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، بدون اسم مطبعة ، ٢٠٠١ ، ص٤٨ .

٥) منهم الشيخ ناصر مكارم الشيرازي ، الفتاوى الجديدة ، ج١ ، ط١ ، قم ، ٢٠٠٦ ، ص٤٦٨ وما بعدها . الشيخ الميرزا جواد الشيرازي ، صراط النجاة ، الاستفتاءات ، ج٩ ، قم ، ٢٠٠٦ ، ص٢٨٣ . السيد محمد محمد صادق الصدر ، ما وراء الفقه ،ج٦، ط١ ، دار الأضواء - لبنان ، ١٩٩٦ ، ص١٢ . السيد علي الحسينيي السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج١ ، العبادات ، لبنان ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص٤٥٩ . السيد محمد رضا السيستاني ، وسائل الإنجاب الصناعي ، دار المؤرخ العربي - لبنان ، ٢٠٠٧ ، ص٤١٢ . السيد الخوئي ، صراط النجاة ، ج١ ، ص٣٦١ ، كذلك منهاج الصالحين ، ج١ ، مستحدثات المسائل ، ص٤٢٨ . السيد الخميني

،تحرير الوسيلة،ج٢،ص٦٢٢.السيد محمد صادق الروحاني، المسائل المستحدثة،ط٤ مؤسسة دار الكتاب – قم،١٤١٤،ص١٣.الشيخ حسين علي المنتظري،الاحكام الشرعية،ط١،مطبعة قدس_قم ،١٤١٣،ص٤٦٤.ومن مصر: د. عطا عبد العاطي السنباطي ، بنوك النطف والأجنة ، ط١ ، دار النهضة العربية - القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص٢٩٨ . الشيخ عطيه صقر ، رئيس لجنة الإفتاء بالأزهر.

٦) د. حسيني هيكل ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، ط١ ، بدون ذكراسم مطبعة ، ٢٠٠٦ ، ص٤٤٩ .

٧) السيد جاد الحق على جاد الحق ، بحوث وفتاوى إسلاميه في قضايا معاصرة ، ج٢ ، ط١ ، ص٢٤٦ .

٨) د. سميرة عايد الديات :عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٩ ، ص١٩٢ – ١٩٣ .

٩) السيد محسن الحكيم ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، مطبعة النعمان ، ١٣٨٩هـ ، ص٤١٢ .

١٠) نقلاًعن موسوعةالفقه الإسلامي المعاصرج١المعاملات والأحوال الشخصيةط١دارالوفاء٢٠٠٠ص٥٢٣

١١) البقرة / ٢٢٣ . وأشترط د. عبد الفتاح الشيخ(الرئيس الأسبق لجامعة الأزهر ورئيس لجنة البحوث الفقهية بمجمع البحوث الإسلامية)لجواز التلقيح أن يكون بين زوجين وأثناء العلاقة الزوجية لا بعد الوفاة أو الطلاق وحصول الطبيب على موافقة كتابية من الزوجين مع عدم الاستعانة بنطفة أو بويضة لمتبرع أو متبرعة أو رحم بديل والقيام بالعملية بالمراكز الطبية التي يحددها وزير الصحة ورتب للمولود أحكام النسب كافة . نقلاً عن:موقع (شبكة الإسلام اليوم) ، منتديات لواء الشريعة ، الانترنت .

١٢) للتفاصيل ينظر:د. شوقي زكريا الصالحي ، مرجع سابق ، ص٨٥ . ويلاحظ إن بعض من علماء وفقهاء السنة في مصر والدول العربية الأخرى قد أفتوا بحرمة التلقيح الصناعي بين الزوج وزوجته لاستلزام العملية بعض المحرمات كالنظر واللمس ومنهم الشيخ رجب بيوض التميمي والشيخ عبد العزيز بن علي والشيخ محمد إبراهيم شقره والشيخ حمد عبد الله بن زيد آل محمود والشيخ آدم عبد الله علي والشيخ تجاني حايوت محمد والشيخ إبراهيم بشير الغويل والشيخ سيدي محمد يوسف جيري والشيخ هارون خليفة والشيخ على العقيمي والشيخ عبد اللطيف الفرفور والشيخ بكر أبو زيد والشيخ محمد شريف أحمد . نقلاً عن:شهاب الدين الحسينيي ،التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة ، بيروت - لبنان ،٢٠٠٥ ،ص٨٤ – ٨٥.

١٣) د. حسيني هيكل ، مرجع سابق،ص٤٤٩– ٤٥٠كذلك : د. شوقي زكريا الصالحي،مرجع سابق ، ص٧٤ .د.محمود أحمد طه،الإنجاب بين التحريم والمشروعية ، دار المعارف- الإسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص٢٥٣ – ٢٥٤

١٤) د. حسن محمد ربيع ، المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد ، دار التعاون - القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٣٧ . كذلك : د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، المطبعة العربية الحديثة - القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص١٤١ .

١٥) د. فايز عبد الله الكندري ، مشروعية الاستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية ، مجلة الحقوق (الكويت) ، العدد الثاني ، يونيو ، ١٩٩٨ ، ص٨١٣ ، هامش (٤) .

١٦) د. محمد المرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي ، الكويت ، ١٩٩٢ – ١٩٩٣ ، ص٣٣٣.

١٧) د. أميرة عدلي عيسى خالد ، مرجع سابق ، ص١٨٠ .

١٨) د. سميرة عايد الديات ، مرجع سابق، ص١٩٣ .ويرى د. سعدي اسماعيل البرزنجيفي مؤلفه :المشاكل القانونية الناجمة عن تكلنوجيا الانجاب الجديدة،دار الكتب القانونية – مصر، ٢٠٠٩،ص١٠٤ بثبوت نسب المولود لابيه بشرط ثبوت كون الوليد من نطفته وكون التلقيح اثناء قيام الزوجية .

١٩) نقلاً عن : جريدة الأهرام المصرية ، العدد الصادر بتاريخ ٢٣ أبريل و ١٩٨٦ ، ص١.

٢٠) د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص١٥٥ .

٢١) المرجع السابق ، ص٢٦٧ – ٢٦٨ ويذكر فيها قضية عرضت على القضاء الفرنسي . كذلك : د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص٩٦ – ٩٧ .

٢٢) د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص٢٦٧ .

٢٣) نقلاً عن : د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص٩٥ .

٢٤) د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص١٤١ .

٢٥) د. رضا عبد الحليم ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ ، ص٤١١ – ٤١٢ .
٢٦) د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص٩٥ – ٩٦ .
٢٧) د. شوقي زكريا الصالحي ، مرجع سابق ، ص٤١ . وإن ذهب مشروع القانون الجديد إلى أجازة التلقيح الصناعي بكافة أنواعه بشروط معينه .
٢٨) ينظر : م (٤٠٣) من هذا القانون .
٢٩) د. شوقي زكريا الصالحي ، مرجع سابق ، ص٢٦ . د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص١٤٨ .
٣٠) رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل .
٣١) د. بدران أبو العينين بدران ، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية ، ١٩٨٧ ، ص٦ – ٧ .
٣٢) والعقد الفاسد ما فقد شرط من شروط الصحة في عقد الزواج . وعند الجعفرية يثبت النسب وإن كان الزواج منقطع (متعة) إذا أستوفى شروطه .
٣٣) أحمد حلمي مصطفى ، مرجع سابق ، ص١٥٧ . وعموماً فإن المبدأ العام إن هنالك ثلاثة طرق لإثبات النسب هي:إ- أما عن طريق فراش الزوجية وما يلحق بها (المخالطة بناءً على عقد فاسد أو وطء بشبهة أو ملك يمين) فإن النسب يثبت بها شرط إمكان حمل الزوجة من زوجها وإن تكون الولادة في المدة الممكنة وهي أما أقصى مدة الحمل أو أقلها على خلاف في ذلك وإلا ينفي الزوج نسب الولد باللعان . ب- وأما بالإقرار بالأبوة أو البنوة أو الأمومة .ج- أو بالبينة الشخصية وهي شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول . ينظر : أحمد حلمي مصطفى ، المرجع السابق ، ص٣٠ – ٣٧ .
٣٤) في تفاصيل هذه الاتجاهات ، ينظر : أحمد حلمي مصطفى ، المرجع السابق : ص٨٤ وما بعدها .
٣٥) د. شوقي زكريا الصالحي ، مرجع سابق ، ص٦٩ .
٣٦) د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص ١١٨ .
٣٧) التفريق هو أحدى طرق انتهاء العلاقة الزوجية ويقع بقرارمن القاضي بناءً على طلب (دعوى) من قبل الزوج أو الزوجة حسب الأحوال وقد نظمه قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ بالمواد من(٤٠ – ٤٥) .
٣٨) سماحة الشيخ ناصر مكارم الشيرازي ، مرجع سابق ، ص٤٧٠ ، سؤال رقم ١٧٦٠ .
٣٩) نقلاً عن : د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص١٣٣ .
٤٠) نقلاً عن المرجع السابق ، ص١٣٣ .
٤١) د. جاد الحق علي جاد الحق ، مرجع سابق ، ص١٣٠ .
٤٢) ينظر : د. محمد أحمد طه ، مرجع سابق ، ص١٢١ .
٤٣) د. عطا عبد العاطي السنباطي ، مرجع سابق ، ص٣٩٨ – ٣٩٩ .
٤٤) مجلة المسلمون ، نقلاً عن : د. محمد أحمد طه ، مرجع سابق ، ص١٢١ .
٤٥) د. حسان حتحوت، منع العمل الجراحي ، نظرة إسلاميه ، بحث مقدم لندوة الإنجاب في ضوء الإسلام ، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص٢٣٣ .
٤٦) نقلاً عن : د. عطا العاطي السنباطي ، مرجع سابق ، ص٢٥٦ .
٤٧) حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص١٣٤ .ويذهب إلى ذلك أيضاً د.أحمد طه ريان (أستاذ الفقه المقارن والعميد الأسبق لكلية الشريعة- جامعة الأزهر) ويرى عدم جوازهذه الصورة وعدم جواز نسب المولود إلى أبيه وبالتالي لا يرث منه وهو ما أيدته د. سعاد الصالح(أستاذ الفقه المقارن في كلية الشريعة - جامعة الأزهر)نقلاً عن : جريدة الشرق الأوسط ، العدد(٨٥٥٧) في ٣ مايو ٢٠٠٢ ، ص٤ .
٤٨) د. محمد علي البار ، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي ، دار المنار للنشر والتوزيع - جدة ، بدون سنة طبع ، ص٦٥ .
٤٩) د. شوقي زكريا الصالحي ، مرجع سابق ، ص٥٧ .
٥٠) نقلاً عن : موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر ، مرجع سابق ، ص٥٢٣ .
٥١) السيد محمد الحكيم ، نقلاً عن : مركز البيت الشرعي العالمي للمعلومات ، شبكة النجف الأشرف ، موقعها على الانترنت .ويرى السيد الخميني انه لو تولد المولود بواسطة العلاج قبل اقل من مدة الحمل او تولد بعد اكثر

من مدة الحمل يلحق المولود بابيه بعد العلم بكونه من نطفته،ينظر :تحرير الوسيلة للسيد الخميني،مرجع سابق،ص٦٢٣.
٥٢) رأي د. عبد العظيم المطعني(أستاذ الدراسات العليا بجامعة الأزهروعضو المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية) نقلاً عن : جريدة الشرق الأوسط ، مرجع سابق ، ص٤ .من فقهاء الشريعة في العراق الذين يذهبون الى تحريم هذه الصورة مطلقا:د. هاشم جميل عبد الله،زراعة الاجنة في ضوء الشريعة الاسلامية،مجلة الرسالة الاسلامية-بغداد،١٩٨٩،ص٩٤،كذلك د.عرف علي عارف ،نقلا عن:د.سعدجي اسماعيل البرزنجي،مرجع سابق،ص١٠١.
٥٣) في تفاصيل هذه الحجج ينظر : د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص٢٠٦ وما بعدها . كذلك د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص١٢٤ وما بعدها .
٥٤) منهم د. إيهاب يسري أنور ، د. شوقي زكريا الصالحي .
٥٥) ينظر : د. شوقي زكريا الصالحي ، مرجع سابق ، ص٢١١ .
٥٦) د. توفيق حسن فرج ، نقلاً عن : د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص١٢٦ . ويذكر أيضاً إن تقرير لجنة (Warnack) الذي نشر عام ١٩٨٤ عن الإخصاب البشري قد أيد هذا الاتجاه مستنداً في ذلك إلى ما يترتب عليه من مشاكل اجتماعيه ونفسية للام والابن .
٥٧) د.سعدي اسماعيل البرزنجي،مرجع سابق،ص١٠٣.
٥٨) في تفاصيل هذه الحجج ينظر : د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص٢٠٨ وما بعدها ، كذلك د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص ١٢٧.
٥٩) منهم : د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص٤٥٠ ، د. أميرة عدلي عيسى خالد ، مرجع سابق ، ص٣٩٣ ، د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص٢٥٥.
٦٠) د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص٢٥٥ .
٦١) د. أميرة عدلي عيسى خالد ، مرجع سابق ، ص١٨٢ .
٦٢) د. سميرة عايد الديات ، مرجع سابق ، ص١٩٤ .
٦٣) د. ممدوح المسلماني ، نقلاً عن : د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص٢١٢ .ويؤيد د. حسيني هيكل هذا الاتجاه ويدعوا إلى التحريم .
٦٤) في تفاصيل هذين القرارين ، ينظر : د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص٢١٣ وما بعدها ، كما وقضت محكمة(أنجيه)الفرنسية عام ١٩٩٢ بثبوت نسب الطفل الذي وضعته الأرملة بعد أكثر من (٣٠٠) يوم بعد وفاة زوجها للأخير وذلك خلافاً للمادة (٣١٥) مدني فرنسي والتي تشترط لنسب الطفل إلى الزوج المتوفى أن يتم وضعه خلال(٣٠٠) يوم من الوفاة وبررت حكمها هذا إلى ان تأخيرالوضع يعود إلى التأخر في زرع البويضة الملقحة إلى ما بعد وفاة الزوج.نقلاً عن:د.محمود أحمد طه،مرجع سابق، ص١٤٧.
٦٥) نقلاً عن : د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص١٤٦ .
٦٦) نقلا عن:د.سعدي اسماعيل البرزنجي،مرجع سابق،ص ٩٦-٩٧.
٦٧) نقلا عن:د. محمد علي البار،مرجع سابق،ص
٦٨) نقلاً عن : د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص١٢٠ .
٦٩) المرجع السابق ، ص١٢٠ .
٧٠) د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص١١٩ .
٧١) المرجع السابق ، ص٢٠١ .
٧٢) د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق .
٧٣) د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص٢٠٣ .
٧٤) المرجع السابق ، ص٢٠٢ .
٧٥) منهم د. ممدوح المسلماني و د. حسيني هيكل .
٧٦) د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص٢٠٤ .
٧٧) د. محمد المرسي زهره ، مرجع سابق ، ص٣٣٤ .
٧٨) د. محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، ص٣٣٤ .

٧٩) عرفت م ٥٩/ أولاًمن قانون الإثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧لسنة ١٩٧٩ الإقرارالقضائي بأنه".. أخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر" أما الفقرة ثانياً من ذات المادة فقد عرفت الإقرار غيرالقضائي بأنه ".الذي يقع خارج المحكمة أوأمام المحكمة في دعوى غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها ".واعتبرت م(٧٠) من هذاالقانون إن"الإقرارغيرالقضائي واقعة يعود تقديرها للقاضي ويجب أثباته وفقاً للقواعد العامة في الإثبات .".

٨٠) أحمد الغندور ، نقلاً عن : د. محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق ، ص٢٤١ .

٨١) م (٣/٣٠٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ .

٨٢) د. محمد المرسي زهره ، مرجع سابق ، ص٣٣٦ .

٨٣) مثل السيد محمد محمد صادق الصدر ، ما وراء الفقه ، مرجع سابق ، ص٢٤ – ٣٨ .

٨٤) أي إن بنك النطف والأجنةيحتفظ بالنطف بدون تحديدهويةصاحبها وتعطى لمن يرغب بالتلقيح والإنجاب

٨٥) أي إن بنك النطف والأجنة يحتفظ بالبويضات بدون تحديد هوية صاحبتها .

٨٦) وهذه الفرضية تحدث عندما يكون طالب التلقيح هو غير صاحب النطفة وصاحبة البويضة كأن تذهب امرأة إلى بنك النطف وتطلب تزويدها ببويضة ملقحة من رجل وامرأة مجهولي الهوية .

٨٧) وقد تكون (ج) هي زوجة (أ) ولكن هذه الفرضية سنتطرق إليها في المبحث القادم .

٨٨) بعض المحرمين من علماء الجعفرية ، الشيخ ميرزا جواد التبريزي ، السيد مكارم ناصر الشيرازي ، السيد محمد محمد صادق الصدر،السيد الخوئي ،السيد علي السيستاني ،السيد محمد الحكيم .ومن فقهاء السنه:القرضاوي ، محمد يسن ، محمد شلتوت ، جاد الحق علي الجاد ، محمد علي الباري ، رأفت عثمان ، دار الإفتاء المصرية وآخرون . كما وإن الكنيسة الكاثوليكية المسيحية قد أدانت مثل هذا النوع من التلقيح الصناعي واعتبرته عملاًُ غير أخلاقي ويشكل اعتداء وانتهاكاً لقوانين الزواج ويتشابه مع الزنا كما اعتبرت الطفل الذي يجيء عن هذه العملية غير شرعي، نقلاً عن:د. سميرة عايد الديات ، مرجع سابق ، ص١٩٦ .

٨٩) من أصحاب هذا الاتجاه علماء ومراجع الجعفرية منهم السيد محمد محمد صادق الصدر،مرجع سابق،ص٢٤ ومابعدها ،السيد الخوئي،مرجع سابق ، ص٤٢٧ ، السيد ناصر مكارم الشيرازي ، مرجع سابق ، ص٤٧٠ . ولكن الشيخ جواد التبريزي ، مرجع سابق ، ص٢٨٣ .

٩٠) السيد الخوئي ، مرجع سابق ، ص٤٢٧ . وعموماً فإن المبدأ العام لدى فقهاء وعلماء المذهب الجعفري (المحدثين)إن نسب المولود ملحق بصاحب الماء(النطفة)ومن اصحاب هذا الرأي:السيد علي الخامنئي والسيد محمد صادق الروحاني والسيد محمد الشاهرودي والسيد علي السيستاني والشيخ لطف الله الصافي والشيخ حسيني نوري الهمداني والشيخ سف الضائعي والشيخ شمس الدين الواعضي ، نقلاً عن: شهاب الدين الحسيني ،مرجع سابق،ص١٧٦، وإن خالفهم بالرأي السيد محمد الحكيم ، مرجع سابق ، والشيخ مكارم ناصر الشيرازي ، مرجع سابق ، ص٤٧١ .

٩١) السيد محمد محمد صادق الصدر ، مرجع سابق ، ص٢٦ . مع ملاحظة إن الجميع متفق على تحريم هذه الصورة ولكن مع ذلك عالجوا مسألة نسب المولود حماية لحقوقه . ينظر : الشيخ الميرزا جواد التبريزي ، مرجع سابق ، ص٢٨٣ وكذلك السيد ناصر مكارم الشيرازي ، مرجع سابق ، ص٤٧٠ – ٤٧١ . بينما يرى السيد الخميني والشيخ حسين علي المنتظري ان التلقيح بين اجنبين حرام وغير جائز ولايثبت به نسب الا ان التلقيح لو كان بشبهة كما في الوطء بشبهة حيث يتوهم الرجل بان المراءة زوجته وان النطفة له فبان الخلاف فهنا يلحق الولد بصاحب النطفة والمراءة اما مع علمهما بذلك فيرا بالالحاق اشكال لابد من الاحتياط لاسيما مسالة الارث.ينظر:تحرير الوسيلة للسيد الخميني،مرجع سابق،ص٦٢٢.الاحكام الشرعية للشيخ حسين علي المنتظري،مرجع سابق،ص٤٦٤.

٩٢) السيد محمد رضا السيستاني ، مرجع سابق ، ص٤١٥ .

٩٣) المرجع السابق ، ص٤١٦ .

٩٤) السيد محمد محمد صادق الصدر ، مرجع سابق ، ص٣٢ .

٩٥) الشيخ الميرزا جواد التبريزي ، مرجع سابق ، ص٢٨٤ .

٩٦) السيد ناصر مكارم الشيرازي ، مرجع سابق ، ص٤٧١ . وأشارالبعض إلى إن هنالك ما يوجد في فقه المذهب الحنبلي ما ينسجم وهذا الاتجاه حيث إنه إذا أستدخلت مني زوج أو أجنبي ... ثبت النسب والعدة وهو

ذاته اتجاه مذهب الإباضية ويرى إن إلحاق الوليد بصاحب ألنطفه أقرب إلى روح الشريعة من الحاقه بصاحب الفراش وإن إلحاق الوليد أفضل من تركه سائباً . ينظر: شهاب الدين الحسيني،مرجع سابق ، ص١٧٧.

٩٧) منهم: محمد شلتوت ، الشيخ جاد الحق علي الجاد ،د. مصباح جماد(وكيل كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر) كذلك دار الإفتاء المصرية (الفتوى الصادرة في ٢٣ / آذار / ١٩٨٠ إمارة الذكر سابقاً) .

٩٨) حيث وفقا لراي الجمهور ينسب أبن الزنا إلى أمة وأقاربها دون أبيه من الزنا وأقاربه ويجري التوارث بينهما ، في حين إنه وفقا لرأي الجعفرية لا يثبت نسب أبن الزنا لا من أمه الزانية وأقاربها ولا من أبيه الزاني وأقاربه ولا يجري التوارث بينهما وذهب آخرون إلى ثبوت النسب بين أبن الزنا وأبيه وأمه من الزنا إذا ما أقر الأب بأنه ولده من الزنا . ينظر : مصطفى إبراهيم الزلمي ، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي٢٠٠١ص١٨ – ١٩كذلك:أحمد حلمي مصطفى ، مرجع سابق ، ص١٤٣ – ١٤٤ .

٩٩) الشيخ محمد شلتوت ، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته أليوميه والعامة ، دار الشروق ، ط٤ ، ١٩٨٧ ، ص٣٢٥ وما بعدها .

١٠٠) د. محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق ، ص٣٤٣ . ويسرى د. حسيني هيكل إنه إذا كان التبني يعد جريمة فإن الإخصاب بنطفة غير الزوج يعد بالمقارنة مع التبني جريمتين وليس واحدة إذ يتماثل مع التبني من حيث إن الرجل فيهما ينسب لنفسه ولدا يعلم إنه ليس من صلبه ويزيد عليه التقاؤه مع الزنا في إطار واحد لما يؤدي إليه من إدخال ماء رجل أجنبي في حرث امرأة غريبة عليه .ينظر: د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص٢٣٥ – ٢٣٦.

١٠١) د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص١٨٣ .

١٠٢) فتوى للشيخ جاد الحق علي جاد(شيخ الأزهر السابق) نقلاً عن : د. عطا عبد العاطي السنباطي ، مرجع سابق ، ص٢٥٤ . ويشير د.عطا إلى البعض من صور التحريم وحكم نسب المولود فيها ويرى إن تخصيب بويضة الزوجة بنطفة رجل أجنبي خارجياً ثم زرعها في رحم امرأة أجنبية أو تخصيب بويضة امرأة أجنبية بنطفة رجل أجنبي خارجياً ثم زرعها في رحم الزوجة كلها صور محرمة وغير جائزة ويربعدم ثبوت النسب فيها . ينظر : د. عطا عبد العاطي السنباطي ، المرجع السابق ، ص٢٤٣ – ٢٤٤ .

١٠٣) د. عطا عبد العاطي السنباطي ، المرجع السابق ، ص٢٤١ – ٢٤٢ .

١٠٤) فتوى للشيخ عطيه صقر(رئيس لجنة الفتوى بالأزهر الشريف) نقلاً عن : د. عطا عبد العاطي السنباطي ، المرجع السابق ، ص٢٥٦ .

١٠٥) د. عطا عبد العاطي السنباطي ، المرجع السابق ، ص٢٩٩ – ٣٠٠ .

١٠٦) أبو بكر الرازي ، مختار الصحاح ،ص٣٨٢ .

١٠٧) المرغيناتي ، الهداية على شرح البداية ، ط١ ، المكتبة التجارية ، بدون سنة طبع ، ص١٢٨ . وقد يتوهم البعض بأن الالتقاط يفيد النسب اصلا بل يفيده احتياطاً كما ذهب إليه بعض الفقهاء وسواء أكان المستلحق هو الملتقط أم غيره ولكن لو أستلحقته امرأة فإنه يلحق بها إن أقامت بينة بالولادة فإن أقامت تلك البينة على دعواها لحق بها وكذا زوجها إن شهدت البينة بوضعه على فراشه وأمكن العلوق منه وإلا فلا يلحقه لأن النسب يحتاط له ولا يحتاط عليه ، نفس المرجع ، ص١٣١ .

١٠٨) لبيان الفقهاء الفرنسيون المجيزون لهذه الصورة وغير المجيزون وحججهم وأدلتهم التفصيلية ينظر : د. رضا عبد الحليم ، مرجع سابق ، ص٦٥ وما بعدها .

١٠٩) د. سميرة عايد الديات ، مرجع سابق ، ص١٩٥ – ٢٠٠ .

١١٠) د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، مرجع سابق ، ص٣٥٣ .

١١١) د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص٢٧٧ . ويتطرق إلى حكم النسب في بعض الحالات وينتهي إلى القول بعدم ثبوتها في حالات التلقيح الصناعي بين نطفة أجنبي وبويضة ورحم الزوجة ، أنظر الصفحات ٢٧٢ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤.كذلك د. شوقي زكريا الصالحي ، مرجع سابق ، ص٨٨ .

١١٢) د. محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق ، ص٣٦١ . ويشير في ص٣٤٢ وما بعدها الى العديد من فرضيات هذه الصورة وحكم النسب فيها في ضوء موقف القانون المصري ورأيه الشخصي .

١١٣) د. أميرة عدلي عيسى خالد ، مرجع سابق ، ص١٨٠ – ١٨١ .

١١٤) ينظر:توصيات مؤتمرحقوق القاهرة لسنة ١٩٩٣ ،مجلة اتحاد الجامعات العربية ،العدد الرابع ،سنة ١٩٩٦ ، ص١٨٦
١١٥) نقلاً عن : د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص١٧٢ .
١١٦) د. رضا عبد الحليم ، مرجع سابق ، ص٤١٩ .
١١٧) المرجع السابق ، ص٤١٤ وما بعدها .
١١٨) نقلاً عن : د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص١٧١ .
١١٩) إن الراغبة بالتلقيح وطالبته هي امرأة تحصل على نطفة من رجل أجنبي عنها لغرض تخصيبها وزرعها في رحمها للحصول على مولود .
١٢٠) أي إن الراغب بالتلقيح وطالبه هو رجل يحصل على بويضة أنثى لغرض تخصيبها سواء من نطفته او نطفة غيره للحصول على مولود
١٢١) د. بدران أبو العينين بدران ، حقوق الأولاد ، مرجع سابق ، ص٣٤٥
١٢٢) د. محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق ، ص٣٤٦ .
١٢٣) المرجع السابق ، ص٣٥٢ .
١٢٤) تنص م (٢٤٤) من قانون العقوبات العراقي على إنه "يعاقب .... كل من أخبر أحدى السلطات القضائية والإدارية..بأية طريقة عن وقوع..حادثة..وهو يعلم إن ذلك خلاف الواقع"كذلك ينظر م(٢٤٥) من ذات القانون .
١٢٥) مع ملاحظة إن الإقرار بالأبوة لا يكون إلا لمجهول النسب وبالتالي يصح مثل هذا الإقرار في حالة كون صاحب النطفة مجهول الهوية أما لو كان معلوم الهوية لدى الزوج فنرى إن شرطاً من شروط الإقرار وهو (مجهولية نسب المقر له) قد فقد كونه معلوم النسب بيولوجيا وإن لم يكن نسباً شرعياً وبالتالي لا يصح إقراره .
١٢٦) سنتطرق في المبحث القادم إلى حكم مثل هذه الفرضيات عند تناول الرحم البديل .
١٢٧) ينظر : د. محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق ، ص٣٦٣ .
١٢٨) ينظر : د. حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص٣٢٩ – ٣٣٢ .
١٢٩) في تفاصيل هذين القرارين والتعليقات بشأنها وبخصوص موقف القضاء الأمريكي ، ينظر : المرجع السابق ، ص٣٣٠ – ٣٣١ .
١٣٠) كالحمل لحساب الغير أو الرحم الظئر أو الأمومة البديلة أو استئجار الرحم ، ويمكن تعريف الرحم البديل بأنه "موافقة امرأة على حمل بويضة ملقحة لا تنسب إليها لحساب امرأة أخرى وتسلم المولود لها بعد ولادته ". ينظر : محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق ، ص١٦ .
١٣١) هنالك جانب كبير من الفقهاء والعلماء المسلمون قد حرموا استخدام رحم بديل في عمليات التلقيح الصناعي وإن كان رحم زوجة أخرى لصاحب النطفة(الضره) بينما أجاز قله منهم ذلك سواء أكان رحما الرحم البديل لزوجته ام لأجنبية في تفاصيل ذلك ينظر: د. حسيني هيكل ، مرجع سابق،ص٣٣٨ وما بعدها .د. محمود أحمد طه،مرجع سابق،ص١٤٧وما بعدها.عطا عبد العاطي السنباطي،مرجع سابق،ص٢٥٨ وما بعدها.د.أميرة عدلي عيسى خالد،مرجع سابق، ص٢٠١ .
١٣٢) منهم : السيد محمد محمد صادق الصدر ، مرجع سابق ، ص١٩ . السيد الخوئي ، صراط النجاة ، مرجع سابق ، ص٣٦٢.السيد محمد الحكيم ، نقلاً عن : مركز البيت العالمي للمعلومات ، مشار إليه سابقاً ، ويرى ذلك حتى لو كانت البويضة من أجنبيه ورحم زوجته .
١٣٣) د. يوسف القرضاوي ، فتاوى معاصرة ، ط٧ ، نشر دار القلم ، ١٩٩٨ ، ص٥٧٤ .
١٣٤) السيدبسام مرتضىبحوث واراءفقهيةحول الانجاب الصناعي وطب الحياةط١،دارالهادي٢٠٠٦ص١٣٣
١٣٥) نقلاً عن : د. عطا عبد العاطي السنباطي ، مرجع سابق ، ص٢٨٣ .
١٣٦) سليمان عمر بن محمد البيحيرمي ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب ،ج٤ ، دارالفكر،بدون ذكر سنة الطبع ، ص٤٩٠ .
١٣٧) الشيخ على الشيراملسي،حاشية الشيراملسي من نهايةالمحتاج،ج٨ ،مطبعة الحلبي،١٩٦٧، ص٣٤١ .
١٣٨) منهم : د. نعيم ياسين و د. عبد الحافظ حلمي و د. فوزي فيض الله و د. عبد العزيز كامل و د. محمد الأشقر و د. عبد الحميد عثمان ، نقلاً عن : د. عطا عبد العاطي السنباطي ، مرجع سابق ، ص٢٧٠ ،كذلك د. محمد علي البار ، مرجع سابق ، ص٦٨ .

١٣٩) يذهب البعض إلى القول بأن هنالك بعض الصعوبات في تحديد النسب منها لو كانت النطفة من زوج صاحبة البويضة فهو وإن كان الولد،في الحقيقة،من نطفته ومن ثم يجب أن ينسب إليه لكن العقبة الاساسية تكمن في إن زوج المرأة صاحبة البويضة لا تربطه بالمرأة المتبرعة بالحمل (بالنسبة لمن يرى إنها أم المولود) زواجا شرعيا أو ما في حكمه وبالتالي فالنسب لجهة الأب لا يثبت إلا بواحدة من أسباب ثلاثة :أما الزواج الصحيح أوالفاسد أوالاتصال بالمرأة بناءً على شبهة ومخالطة الرجل جاريته التي يملكها ملك اليمين ومن ثم لا مناص في هذه الحالة من القول بأن الولد ينسب لأمه فقط ينظر: د. محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق ، ص٢٩٣– ٢٩٤ .
١٤٠) مثل د. أحمد شوقي و د. زكريا البدري ود. محمد الأشقر ود. عبد الله عبد الشكور ود. ماهر حتحوت والشيخ محمد المكاوي والشيخ بدرالمتولي عبد الباسط والشيخ علي الطنطاوي والشيخ عبد الله بن زيد آل محمود و د. أمينة الجابر ، نقلاً عن : د. عطا عبد العاطي السنباطي ، مرجع سابق ، ص٢٧١ .
١٤١) ويذهب البعض إلى إن الهوية في تحديد أب المولود تظهر حتى بالنسبة للرأي القائل بأن الأم هي صاحبة البويضة بفرضية ما إذا كانت الزوجة قادرة على الحمل إلا إن مبيضها مستأصلاً أو معطلاً فتأخذ بويضة من امرأة أخرى تتبرع بها ويتم تلقيحها بنطفة زوج المرأة ذات المبيض المستأصل أو المعطل ثم تزرع في رحم الزوجة فهنا يستحيل شرعاً وقانوناً نسب الولد لأبيه الحقيقي وهو زوج المرأة التي حملت بالطفل وولدته لعدم وجود علاقة شرعية أو ما في حكمها بين الزوج والأب الحقيقي والمرأة صاحبة البويضة وينسب الولد هنا لأمه فقط مع إن اعتبار المرأة المتبرعة بالحمل هي (الأم) يؤدي إلى نسبة الولد لها ولزوجها لأن الولد من صلبه بيقين: د. محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق ، ص٢٩٤ .
١٤٢) وهو رأي السيد محسن الحكيم الذي حرم عمليات التلقيح الصناعي سواء بين الزوجين أم غيرهما .
١٤٣) وينتقد د. محمد المرسي زهرة ما ذهب إليه بعض الفقهاء من الربط بين تحريم أو عدم تحريم الرحم البديل وبين تحديد المرأة التي ينسب إليها المولود والتي تعتبر أماً له ويرى إنه لا علاقة بين الحرمة وتحديد نسب الولد من جهة الأم لا من قريب ولا من بعيد لأن القول بالتحريم يعني استحقاق فاعله الإثم لكن هذا لا يعني نفي النسب لأمه ، ينظر : د. محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق ، ص٣٧١ .
١٤٤) ينظر الهامش (١٣٥) ، كذلك : د. محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق ، ص٣٨٩ حيث يرى إن الكفة تميل لصالح المرأة التي عانت متاعب الحمل وصبرت على ألم الولادة وأعطت الطفل من كيانها وصحتها النفسية والجسمية ، ومن فقهاءالجعفرية: السيد كاظم الحائري ، السيد روح الله الخميني ، السيد علي الخامنئي ، الشيخ لطف الله الصافي ، نقلاً عن : شهاب الدين الحسيني ، مرجع سابق، ص١٦٢ – ١٦٣ .كذلك السيد ناصر مكارم الشيرازي ، مرجع سابق ، ص٤٧١ .السيد محمد الحكيم ،مشار إليه سابقاً .كذالك: السيد محمد حسين فضل الله :المسائل العلمية نقلاعن موقعه على الانترنت.
١٤٥) النحل / ٤ .
١٤٦) الكهف / ٣٧ .
١٤٧) القيامة / ٣٧ .
١٤٨) ينظر:الحج/٥المؤمنون / ١٣ - ١٤ ، فاطر / ١١، يس/٧٧ ،غافر/ ٦٧ ،النجم /٤٥ - ٤٦ ، الإنسان / ٢
١٤٩) د. عطا عبد العاطي السنباطي ، مرجع سابق ، ص٢٧٣ .
١٥٠) د. محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق ، ص٣٦٥ – ٣٦٦ .
١٥١) نقلاً عن : د. عطا عبد العاطي السنباطي ، مرجع سابق ، ص٢٧٣ – ٢٧٤ .
١٥٢) حسان حتحوت، مرجع سابق ، ص٣٣١ – ٣٣٢ .
١٥٣) النساء / ٢٣ .
١٥٤) النحل / ٧٨ .
١٥٥) لقمان / ١٤ .
١٥٦) الزمر / ٦ .
١٥٧) الأحقاف / ١٥ .
١٥٨) النجم / ٣٢ .
١٥٩) نقلاً عن : د. محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق ، ص٢٦٧ – ٢٦٧ .
١٦٠) البقرة / ٢٣٣ .

١٦١) البقرة / ٢٣٣ .
١٦٢) المجادلة / ٢ .
١٦٣) الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود ، الحكم ألإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي ، بحث مقدم لمؤتمر الانجاب في ضوء الاسلام ،الكويت، ١٩٨٣، ص٩ .
١٦٤) هاشم جميل ، مرجع سابق ، ص٧٦ .
١٦٥) هاشم جميل ،المرجع سابق ، ص٨٥ .
١٦٦) بدران أبو العينين بدران ، مرجع سابق ، ص١٦ .
١٦٧) د. محمد المرسي زهرة ،مرجع سابق،ص٢٧١ – ٢٧٢ .ومن أصحاب هذا الاتجاه أيضاً عبد الحميد السائح وعبد أسامه عبد العزيز وعلي الطنطاوي وبدرالمتولي،ينظر:محمد علي البار،مرجع سابق،ص١٣ .
١٦٨) محمد محمد صادق الصدر ،مرحع سابق، ص١٨ .
١٦٩) من علماء الجعفرية أيضاً الذين يذهبون إلى هذا الاتجاه : السيد صادق الروحاني ، السيد عبد الأعلى السبزواري ، نقلاً عن : شهاب الدين الحسيني ، مرجع سابق ، ص١٦٣ .
١٧٠) منهم:د.عبد المعطي بيومي (مفتي الديار المصرية السابق) وأحمد إبراهيم بك والسعيد إبراهيم طه،ينظر:د.أميرة عدلي عيسى خالد،مرجع سابق،ص١٨٣ وترى إنه لا يمكن الجزم بنسب الجنين بعد ولادته إلى أي من صاحب البويضة أو صاحبة الرحم ، المرجع السابق ،ص٢٠٢ .ومن فقهاء الجعفرية من يذهب إلى ترتيب أحكام الرضاعة بالنسبة للأم الحامل وأحكام الأم بالنسبةلصاحبةالبويضة، ومنهم:السيدمحمد تقيى المدرسي،استفتاءات،ط١،قم،٢٠٠٧،ص٣٨٥.والشيخ شمس الدين الواعظي والسيدعلي السيستاني،نقلاًعن:شهاب الدين الحسيني،مرجع سابق،ص١٦٢ – ١٦٣ .
١٧١) د.أميرة عدلي عيسى،مرجع سابق،ص١٨٣،ويرى شهاب الدين الحسيني،مرجع سابق،ص١٦٧ – ١٦٨ إن مثل هذا الأمريثيرمشاكل عملية خطيرة خاصة عندما يختلف تقليد صاحبة الرحم لفقيه له رأي يختلف عن رأي الفقيه الذي تقلده صاحبة البويضة مع إصرار كل منهما بأن المولود لها ولا تعالج المشكلة بالاحتياط بأن ينتسب الوليد إلى كليهما لأن الاحتياط سوف لا يكون أمراً واقعياً لذا يقترح أن يتم الاتفاق بين الفقهاء على رأي مشترك لا ثغرة فيه وجعل هذا الاتفاق مادة قانونية وضرورة استشارة الفقهاء قبل الإقدام على أية عملية من قبل الزوجين أوالأطباء وتدخل الفقهاء مباشرة في كل عملية تلقيح صناعي وتعهد خطي من قبل صاحبة البويضة وصاحبة الرحم الحامل على عدم مخالفة الاتفاق المؤيد من قبل الفقهاء والقانون .
١٧٢) نقلاًَ عن :د. رضا عبد الحليم ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، مرجع سابق ،ص١٣٤ – ١٣٥ .
١٧٣) المرجع السابق ، ص٤٣١ – ٤٣٢ .
١٧٤) نقلاً عن : د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص٩٤ – ٩٥ .
١٧٥) نقلاً عن : د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص١٥٨ .
١٧٦) نقلاً عن : المرجع السابق ، ص١٥٨ .
١٧٧) نقلاً عن : جريدة الرأي الأردنية ، العدد ٩٨٦٨ في ١٩٩٧/٩/١٣ .
١٧٨) نقلاً عن : د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص١٨١ .
١٧٩) بالرغم من إن المشرع العراقي لم يحدد أقل مدة الحمل كما فعلت بعض التشريعات العربية إلا إن جمهور فقهاء المسلمين أستقروا على إنه ستة أشهر وإن ذهب بعض الحنابلة إلى إنه تسعة أشهر وأعتبره الكمال بن الهمام من الأحناف إنه تسعة أشهر ، ينظر : محمد رحيم الكشكي ، أحكام الميراث ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص٢١٥ . كذلك أحمد حلمي مصطفى ، مرجع سابق ، ص٥٣٣ .
١٨٠) وإن كان الأمر لا يخلو من جريمة تضليل العدالة لو كانت الأم هي صاحبة البويضة .
١٨١) أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، مرجع سابق ، ص ٣٦٣.
١٨٢) السيد محمد محمد صادق الصدر ، مرجع سابق ، ص٢٩ – ٣٢ .
١٨٣) السيد بسام مرتضى ، مرجع سابق ، ص٤٣ .
١٨٤) لا نتفق مع هذا التحليل ونرى إن أصحاب الرأي القائل بأن الأم هي صاحبة الرحم إنما قصدوا الأم الآدمية أما الحيوان فلا يمكن تصور مثل هذه الفرضية وخير دليل إن السيد محمد محمد صادق الصدر يعتبر من

القائلين بأن الأم هي صاحبة الرحم إلا إنه في فرضية الرحم الحيواني يرى إنها صاحبة البويضة لعدم وجود رحم آدمي وهو ما يميل إليه السيد بسام مرتضى ،المرجع السابق ، ص٥٢ .

١٨٥) ويرىالشيخ ناصرمكارم الشيرازي ، مرجع سابق ، ص٤٦٩ في سؤال له عن جواز التلقيح الصناعي في وسط غير نسائي إنه لا بأس فيه مع مراعاة الشروط الشرعية وإن الطفل المولود هو أبن حلال .

١٨٦) د.سعدي اسماعيل البرزنجي،مرجع سابق، ص١٠٤.

١٨٧) نقلاً عن : د. رضا عبد الحليم عبد المجيد ، الحماية القانونية للجين البشري ، الاستنساخ وتداعياته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص٢٤٥ – ٢٤٨ .

١٨٨) نقلاً عن :د. رضا عبد الحليم عبد المجيد ، الحماية القانونية للجين البشري ، مرجع سابق ،ص٢٤١ .

١٨٩) د. محمد علي البار ، مرجع سابق ، ص١١ .

١٩٠) ينظر:السيدمحمدمحمدصادق الصدرمرجع سابق ص٢٩/٣٠وكذلك السيدبسام مرتضمرجع سابق ص٤٣

١٩١) الأستاذ زياد سلامه في مؤلفه "أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة" ، نقلاً عن : د. محمود أحمد طه ، مرجع سابق ، ص١٦٧ .

١٩٢) د. محمود أحمد طه ، المرجع السابق ، ص١٦٧ .

١٩٣) السيد الخميني ،مرجع سابق ،ص٦٢٢-٦٢٣.

المصادر

اولا: القران الكريم

ثانيا : الكتب الفقهية والقانونية:

١. أبو بكر الرازي ، مختار الصحاح .
٢. د. أحمد حلمي مصطفى ، أحكام النسب فقهاً وقضاءً ، ط٢ ،بدون ذكر اسم مطبعة،٢٠٠٦ .
٣. د.أحمد شوقي عمرأبو خطوة،القانون الجنائي والطب الحديث ،المطبعة العربية الحديثة – القاهرة ،١٩٨٦.
٤. د. بدران أبو العينين بدران ، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية ، ١٩٨٧.
٥. جاد الحق على جاد الحق ، بحوث وفتاوى إسلاميه في قضايا معاصرة ، ج٢ ، ط١.
٦. جواد الشيرازي ، صراط النجاة ، الاستفتاءات ، ج٩ ، قم ، ٢٠٠٦ ،
٧. حسين علي المنتظري، الاحكام الشرعية،ط١،مطبعة قدس_قم ،١٤٦٤.
٨. الخوئي ، صراط النجاة ، ج١ ، ص٣٦١ ، كذلك منهاج الصالحين ، ج١ ،f
٩. الخميني ،تحرير الوسيلة،ج٢،دارالكتب العلمة –اسماعيليان-قم ١٤٠٩.
١٠. سليمان عمربن محمد البيحيرمي تحفة الحبيب على شرح الخطيب ،ج٤ ، دارالفكر،بدون ذكر سنة الطبع.
١١. علي الحسينيي السيستاني، منهاج الصالحين،ج١ ،العبادات، لبنان ، بيروت ،بدون سنة طبع .
١٢. على الشيراملسي ، حاشية الشيراملسي من نهاية المحتاج ، ج٨ ، مطبعة الحلبي ،١٩٦٧ .
١٣. مصطفى إبراهيم الزلمي أحكام الميراث والوصيةوحق الانتقال وزارةالتعليم العالي والبحث العلمي٢٠٠١
١٤. محسن الحكيم ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، مطبعة النعمان ، ١٣٨٩هـ .
١٥. محمد تقي المدرسي ، استفتاءات،ط١،انتشارات محبات الحسين – قم ،٢٠٠٧.
١٦. محمد رحيم الكشكي ، أحكام الميراث ، القاهرة ،١٩٧٣.
١٧. محمد شلتوت،دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته أليوميه والعامة ، دار الشروق ، ط ٤ ، ١٩٨٧.
١٨. محمد محمد صادق الصدر ، ما وراء الفقه ،ج٦، ط١ ، دار الأضواء - لبنان ، ١٩٩٦ .
١٩. محمد صادق الروحاني، المسائل المستحدثة،ط٤ مؤسسة دار الكتاب –قم.
٢٠. المرغيناتي ، الهداية على شرح البداية ، ط١ ، المكتبة التجارية ، بدون سنة طبع .
٢١. موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر ،ج١، المعاملات والأحوال الشخصية ، ط ١، دارالوفاء ، ٢٠٠٠.
٢٢. ناصر مكارم الشيرازي ، الفتاوى الجديدة ، ج١ ، ط١ ، قم ، ٢٠٠٦ .
٢٣. د. يوسف القرضاوي ، فتاوى معاصرة ، ط٧ ، نشر دار القلم ، ١٩٩٨ .

ثالثا: الكتب المتخصصة :
١. د. أميره عدلي أمير عيسى خالد ، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط١ ، ٢٠٠٥ .
٢. بسام مرتضى،بحوث واراء فقهية حول الانجاب الصناعي وطب الحياة،ط١،دارالهادي،2006.
٣. د.شوقي زكريا الصالحي،التلقيح الصناعي بين الشريعةالإسلاميةوالقوانين الوضعية،بدون اسم مطبعة٢٠٠١
٤. د. حسن محمد ربيع ، المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد ، دار التعاون - القاهرة ، ٢٠٠٤.
٥. د. حسيني هيكل ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، ط١ ، بدون ذكراسم مطبعة ، ٢٠٠٦ .
٦. د. رضا عبد الحليم،النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦.
٧. ======،الحماية القانونية للجين البشري ، الاستنساخ وتداعياته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨.
٨. د.سعدي اسماعيل البرزنجي المشاكل القانونيةالناجمةعن تكلنوجياالانجاب الجديدةدارالكتب القانونيةمصر٢٠٠٩
٩. د. سميرة عايد الديات :عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٩.
١٠. شهاب الدين الحسيني ، التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٥.
١١. د.عطا عبد العاطي السنباطي،بنوك النطف والأجنة، ط١،دارالنهضة العربية- لقاهرة ، ٢٠٠١.
١٢. مصطفى الزرقا ، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب والرأي الشرعي ، مطبعة دمشق،بدون سنة طبع.
١٣. محمد رضا السيستاني ، وسائل الإنجاب الصناعي ، دار المؤرخ العربي - لبنان ، ٢٠٠٧ .
١٤. د. محمد علي البار ، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي ، دار المنار للنشر والتوزيع - جدة ، بدون سنة طبع.
١٥. د. محمد المرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي ، الكويت ، ١٩٩٢ – ١٩٩٣.
١٦. محمود أحمد طه ، الإنجاب بين التحريم والمشروعية ، دار المعارف - الإسكندرية ، ٢٠٠٨

ثالثا: البحوث والصحف والندوات:
١. د. حسان حتحوت، منع العمل الجراحي ، نظرة إسلاميه ، بحث مقدم لندوة الإنجاب في ضوء الإسلام ، الكويت ، ١٩٨٣.
٢. عبد الله بن زيد آل محمود ، الحكم ألإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي ، بحث مقدم لمؤتمر الانجاب في ضوء الاسلام ،الكويت، ١٩٨٣.
٣. د. فايز عبد الله الكندري ، مشروعية الاستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية ، مجلة الحقوق (الكويت) ، العدد الثاني ، يونيو ، ١٩٩٨ .
٤. د.هاشم جميل عبدالله : زراعة الاجنة في ضوء الشريعة الاسلامية، مجلة الرسالة الاسلامية - بغداد،١٩٨٩.
٥. توصيات مؤتمر حقوق القاهرة لسنة ١٩٩٣ ، مجلة اتحاد الجامعات العربية ، العدد الرابع ، سنة ١٩٩٦.
٦. جريدة الشرق الأوسط ، العدد(٨٥٥٧) في ٣ مايو ٢٠٠٢ .
٧. جريدة الأهرام المصرية ، العدد الصادر بتاريخ ٢٣ أبريل و ١٩٨٦.
٨. جريدة الرأي الأردنية ، العدد ٩٨٦٨ في ١٩٩٧/٩/١٣ .

رابعا: القوانين:
١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٢. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩
٣. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩
٤. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩
٥. قانون مصارف العيون العراقي رقم ١١٣لسنة ١٩٧٠
٦. قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩
٧. قانون عمليات زراعة الاعضاء البشرية العراقي رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦
٨. القانون المصري لسنة ١٩٢٩
٩. قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم

خامسا : شبكة الانترنت: